This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

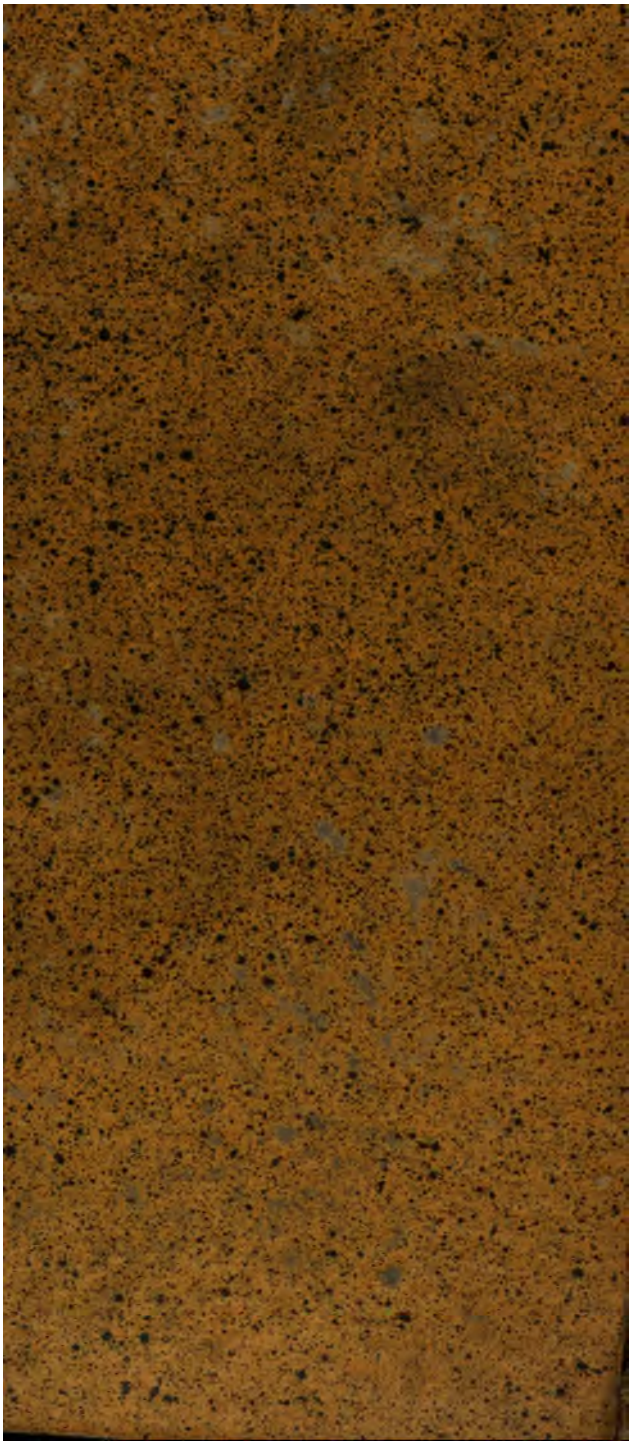
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.



AH 7203.141

Harvard College Library.

FROM

THE LIBRARY OF

PROFESSOR E. W. GURNEY,

(Class of 1852).

Received 29 June, 1891.

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Zwölften Theils erste Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm.

1809.

~~VE. 9255~~
AH 7203.141

Harvard College Library,
29 June 891.
From the Library of
Prof. E. W. GURNEY.

Fortsetzung
des 1. Titels im 12. Buche
De rebus creditis, si certum petatur, et de condictione.

§. 779.

Uebergabe, ein wesentliches Erforderniß des Darlehns. Sie kann auch brevi manu geschehen.

Das Darlehn erfordert zu seiner Existenz schlechterdings, daß die Sache dem Schuldner übergeben worden sey. Denn die Verbindlichkeit entspringt hier ex re [1]). Daher ist der Vertrag, wodurch man dem Andern verspricht, daß man ihm ein Darlehn geben wolle, solang die Uebergabe noch nicht erfolgt ist, noch kein Darlehn, sondern ein bloßes pactum de mutuo dando, welches nach dem römischen Recht keine Klage bewirkt [2]). Denn es war Grundsatz: nuda pactione pecuniam creditam fieri non posse [3]). Ob es heutzutage anders sey, ist streitig. Einige [4]) wollen behaupten,

1) *Pr. I. Quib. mod. re contrab. obligat.*

2) *Petr.* GUDELINUS de iure noviſſimo Lib. III. cap. 2. pag. 115.

3) *L. 34. pr. D. Mandati.*

4) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 11. verglichen mit Lib. II. Tit. 14. §. 68. GRASS Diſſ. de pactis futuror. contract. praeparator. §. 33. ENGEL Colleg. iuris canon. univ. Lib. III. Tit. 17. §. 2.

ten, das römische Recht gelte noch jetzt. Allein die meisten Rechtsgelehrten[5]) sind darin einverstanden, daß der bloße Vertrag, mit einem Andern ein Darlehn eingehen zu wollen, den Promittenten verbindlich mache, und eine Klage gegen ihn bewirke. Diese Meinung verdient auch unstreitig den Vorzug. Denn nach dem römischen Recht wirkt doch eine Stipulatio de mutuo dando eine klagbare Verbindlichkeit[6]). Nun aber ist heutzutage ein bloßer Vertrag so wirksam, als eine römische Stipulation[7]).

Da also ein Darlehn erst durch die Uebergabe sein Daseyn erhält, so kann auch keine andere Verbindlichkeit ex mutuo entstehen, als welche durch die Tradition begründet worden ist. *L.* 9. *Cod. de non numerata pecun.* sagt ausdrücklich: Ultra hoc, quod accepit, RE OBLIGARI neminem posse, constat. Daher begründet der Verzug beym Darlehn nach dem römischen Recht keine Verbindlichkeit zur Zinsenzahlung[8]); und auch selbst durch ein pactum adiectum konnten hier in der Regel nicht vollgültig Zinsen versprochen werden; sondern dies mußte durch eine

5) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3. BOEHMER Doctr. de actionibus Sect. II. Cap. VII. §. 8. *Mich. God.* WERNHER Lectissim. Commentat. in Pandectas. h. t. §. 7. u. a. m. Vorzüglich aber Griesinger im Commentar über das Wirtembergische Landrecht 1. Band S. 11. ff.

6) *L. 68. D. de Verb. obligat.* Quodsi ita stipulatus fuero: *Pecuniam te mihi crediturum spondes?* incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest.

7) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 292. S. 106.

8) S. *Iust. Henn.* BOEHMERI Diss. de fundamento usurarum pecuniae mutuatitiae. §. 30. (*Exercitat. ad Pandect.* Tom. IV.)

eine neue obligatio, wie Pomponius [9]) sagt, nämlich durch Stipulation geschehen [10]). Dann war es aber auch kein Darlehn mehr, sondern ward mit dem Namen *foenus*, oder *contractus* s. *pecunia foenebris* bezeichnet [11]). Nur wenige Fälle nehmen die Gesetze aus, in welchen sie wegen blos versprochener Zinsen die Klage dem Darleiher gestatten, nämlich wenn Städte [12]), oder Argentarien [13]) Gelder ausgeliehen, und sich Zinsen ausbedungen hatten; oder wenn man sich wegen übernommener Seegefahr ein foenus nauticum hatte versprechen lassen [14]); oder bey ei-

9) *L.* 121. *D. de Verbor. Signif.*

10) *L.* 24. *D. de praescr. verbis. L.* 7. *Cod. de Usur.*

11) *L.* 33. *D. de Usur. L.* 3. *Cod. eodem.* NONIUS MARCELL. Cap. 5. pag. 731. zeigt vorzüglich diesen Unterschied sehr deutlich an, wenn er sagt: MUTUUM *a* FOENORE *hoc distat, quod* MUTUUM *sine usuris:* FOENUS *cum usuris sumitur: et est accepti foetus. Unde et* FOENUS *dictum est*, ut graece τόκος, quasi partus mutui sumti. Man vergleiche *Ger.* NOODT de foenore et usuris Lib. I. cap. 3. und HEINECCII Antiquitat. Rom. Lib. III. Tit. 15. §. 3.

12) *L.* 30. *D. de Usuris.*

13) *Nov. CXXXVI. c.* 4. S. NOODT de foenore et usuris Lib. III. cap. 2. und *Herm.* HUBERT Disputat. II. de Argentariis veterum. *Trajecti ad Rhen.* 1740. P. III. Cap. II. §. 3. (in *Ger.* OELRICHS Thes. Dissertat. iuridic. Belgicar. Volum. II. Tom. I. pag. 123. seq.)

14) *L.* 7. *D. de nautico foenore.* Wenn Paulus hier sagt: In quibusdam contractibus etiam usurae debentur, quemadmodum per stipulationem. Nam si dedero decem trajectitia, ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam, dicendum est, posse me sortem cum usuris recipere; so sind nach den Worten: In qui-

nem Getraidedarlehn Zinsen waren ausbedungen worden [15]). Man sieht also hieraus klar, daß nach dem Begriff, den das römische Recht mit dem Darlehn verbindet, die Rechte des Gläubigers bey diesem Contract durchaus nur auf die gegebene Quantität eingeschränkt sind, und jeder Gewinn davon ausgeschlossen sey. Denn die Römer betrachteten das Darlehn als eine Wohlthat, oder Gefälligkeit, die ein Freund dem andern erzeigt [16]); und stellten daher den Grundsatz auf, das Darlehn sey seiner Natur nach ein contractus gratuitus [17]), woraus jedoch noch keinesweges, wie von mehreren [18]) geschehen ist, gefolgert werden kann, daß es zu den contractibus stricti iuris gezählt worden sey [19]). Heutzutage leidet es nun zwar keinen Zweifel, daß

busdam contractibus etiam, die Worte: *ex pacto* zu ergänzen. Es erhellet dies aus *L. 5. §. 1. D. eodem.* Man sehe *Ger.* NOODT Probabil. iuris civ. Lib. IV. cap. 6.

15) *L. 12. Cod. de Usuris.*

16) NONIUS MARCELL. Cap. 5. pag. 731. sagt: Unde honestius *mutuum* est, quod *sub amico affectu* fiat, tamen usu temporis necessarii foenore sumere decet.

17) Daher wird ein unverzinsliches Darlehn *L. 8. D. In quib. caus. pignus tacite contrab.* gratuita pecunia genennt.

18) *Franc.* CONNANUS in Commentar. iur. civ. Lib. VII. cap. 1. pag. 449. seq. *Herm.* VULTEIUS Comm. ad Princ. I. de verb. obligat. nr. 3. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 27. *Io.* D'AVEZAN Contractuum Lib. I. Cap. 21. (in *Thes. Meerman.* Tom. IV. pag. 44.) HOPACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 1863. EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1. not. u. Tom. II. pag. 112. u. a. m.

19) S. *I. H.* BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. I. cap. 3. §. 33. et *Eiusd.* Diss. de usuris pecuniae mutuaticiae (in *Exercitat. ad Pandect.* T. IV. Nr. 87.)

daß beym Darlehn sowohl Verzugszinsen gefordert, als auch durch einen Nebenvertrag Zinsen versprochen, und solche, zugleich mit dem Capital, actione mutui eingeklagt werden können [20]; es ist indessen auch nach unsern Rechten immer noch für ein naturale des Contracts zu halten, daß das Darlehn unentgeldlich ist, sofern nicht der Vertrag, Zinsen zu bezahlen, in gewissen Fällen als stillschweigend geschlossen angenommen werden kann [21].

Die Tradition braucht übrigens nicht immer eine wahre und eigentliche Uebergabe zu seyn, sie kann auch brevi manu geschehen. Dahin gehört,

1) wenn derjenige, dem ich ein Darlehn geben will, das Geld schon aus einem andern rechtlichen Grunde, z. B.

20) S. Schmidts Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden §. 768.

21) Anderer Meinung sind zwar SCHULTEN Prax. iur. Rom. Exercit. ad Pand. XXXV. §. 11. TITIUS iur. privat. Rom. germ. Lib. IV. Cap. 8. §. 2. et §. 15. und unter den neuern noch Ernst Christ. Westphal in den Rechtsgutachten und ausgesuchten Erkenntnissen des bürgerlichen Rechts 1. Band h. t. §. 1. S. 73. Diese behaupten, daß heutiges Tages im Zweifel jedes Darlehn an sich schon zinsbar sey, wenn auch der Schuldner weder Zinsen versprochen hätte, noch sich im Verzuge der Wiederbezahlung befände. Allein diese Meinung läßt sich auf keine Weise vertheidigen. Man sehe Ge. Henr. AYRERI Diss. de arbitrio iudicis circa usuras pecuniae mutuaticiae. Goettingae 1750. §. 22. sqq. Webers Versuche über das Civilrecht. S. 243. ff. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 887. S. 287. Auch die Praxis widerspricht jener Meinung. S. BERGERI Oeconom. iur. Lib. III. Tit. II. Th. 2. und LEYSERI Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXX. Medit. 3.

als ein Depositum, in Händen hat, und ich erlaube ihm auf sein Gesuch, dieses Geld als ein Darlehn zu gebrauchen. Einen solchen Fall hat Ulpian *L.* 9. §. *ult. D. h. t.*

Depositi apud te decem, postea permisi tibi uti. *Nerva*, *Proculus*, etiam, antequam moveantur, condicere, quasi mutua, tibi haec posse, aiunt. Et est verum, ut et *Marcello* videtur. Animo enim coepit possidere: ergo transit periculum ad eum, qui mutuum rogavit, et poterit ei condici.

Eben dies bestätigt Africanus *L.* 34. *pr. D. Mandati.*

Si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita fit: quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt.

2) Wenn ich dem Andern, der mich um ein Geld-darlehn ansprach, statt baaren Geldes, andere Sachen in der Absicht gegeben habe, daß er sie verkaufen, und das daraus zu lösende Geld als ein Darlehn behalten und gebrauchen solle, der Schuldner auch die Sachen wirklich zu Gelde gemacht hat. Daß in diesem Falle ein Darlehn contrahirt werde, behauptet Ulpian *L.* 11. *pr. D. h. t.* ohne alles Bedenken, wenn er sagt:

Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem, ego, cum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes, et nummis utereris: si vendideris, *puto mutuam pecuniam factam.*

Man nimmt hier an, das aus dem Verkauf der Sache gelöfete Geld sey dem Eigenthümer überbracht, und von diesem dem Ueberbringer auf sein Gesuch als ein Darlehn zurück-

zurückgegeben worden. Es wird also vorausgesetzt, daß der Schuldner die zum Verkauf erhaltene Sache nicht nur wirklich verkauft, sondern auch das Geld dafür eingenommen haben müsse. Denn so lange dieses nicht geschehen ist, ist noch kein Darlehn contrahirt, sondern ein unbenannter Contract vorhanden, weshalb die actio praescriptis verbis anzustellen ist. Ulpian hat sich darüber an einem andern Orte ausführlicher erklärt. Er sagt nämlich *L. 19. pr. D. de praescriptis verbis.*

Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem; ego, cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris. Si non vendidisti, aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere; ut LABEO ait, praescriptis verbis; quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.

Nicht gleicher Meinung mit Ulpian scheint jedoch hierin Africanus gewesen zu seyn; wenn er *L. 34. pr. D. Mandati* sagt:

Eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam, periculo eius fore, qui accepisset argentum.

Zwar sind die Rechtsgelehrten über den Sinn der letztern Stelle verschiedener Meinung. Johann Göddäus [22]), und Marcus Lyklama a Nyholt [23]) geben

22) In Commentar. de rebus creditis s. de mutuo Cap. III. nr. 62. pag. 238.

23) Membranar. Lib. II. Eccl. 1. pag. 159.

ihr eine solche Deutung, als ob African mit Ulpian darin vollkommen einverstanden sey, daß ein Darlehn contrahirt werde, wenn der Gläubiger dem Schuldner, statt baaren Geldes, eine Sache zum Verkauf gegeben hat, um das daraus gelößte Geld als ein Darlehn zu gebrauchen, und er behaupte diesem Grundsatz zu Folge ganz recht, daß auch der Verkäufer wegen des aus der verkauften Sache gelößten Geldes die Gefahr eben so, wie im Darlehn der Schuldner, übernehmen müsse. Allein dieser Erklärung widerstreitet nicht nur der ganze Zusammenhang, sondern ihr steht insonderheit entgegen, daß die Worte *nihilo magis* in unsern Gesetzen keinen affirmativen, sondern immer einen negativen Sinn haben [24]). Daß aber auch dieser negative Sinn hier anzunehmen sey, setzen die Basiliken [25]) ausser Zweifel, in welchen das Fragment folgendermassen lautet:

Εἰ δὲ θέλων σοι δανεῖσαι παρέσχον ἀργυρον ἐπὶ τῷ πωλῆσαι, οὐ συνίςαται δανειον. εἰ καὶ κινδυνεύσεις ἐπὶ τοῖς ἐκ τῆ ἀργύρου χρήμασιν. i. e. *Si vero, cum mutuam pecuniam tibi dare vellem, argentum vendendum dedero, mutuum non contrahitur, quamvis nummi ex argento redacti tuo periculo sint.*

Andere [26]) hingegen legen der Stelle des Africans zwar einen negativen Sinn bey, sie glauben aber, African

24) S. *Io.* STRAUCH Lexicon. particular. iuris. VOC. NIHILO MAGIS. *Christph. Phil.* RICHTER Tr. de Significat. Adverbior. iuris. *eod. vocab.* und Schellers lateinisch deutsches Lexicon. verb. *Nihilum.*

25) Tom. II. Lib. XIV. Tit. 1. Const. 34. pag. 152.

26) *Franc.* DUARENUS in Commentar. in Tit. Cod. Si certum petat. et in Tit. Pand. de rebus credit. Cap. II. *Operum* p. 879.

Io.

can rede blos von dem Falle, da die Sache zum Verkauf gegeben worden, ohne dabey die ausdrückliche Verabredung zu treffen, daß das daraus gelößte Geld dem Empfänger dargeliehen seyn solle. Auf solche Art sey zwischen ihm und Ulpian kein Widerspruch. Allein die Worte: *cum mutuam pecuniam dare vellet*, lehren ja deutlich, daß von nichts Andern, als von Eingehung eines Darlehns, die Rede wär. Wollte man nun nach dieser Erklärung annehmen, der Wille, ein Darlehn zu geben, sey hier blos einseitig, vielleicht einem Andern, und nicht gerade demjenigen, welcher die Sache zum Verkauf erhalten hatte, erklärt worden; so wäre unbegreiflich, wie dann die Frage hätte entstehen können, ob zwischen dem Verkäufer der Sache, und dem, welcher sie ihm zum Verkauf gegeben hatte, ein Darlehn contrahirt sey; und wie ließe sich denn mit einer solchen einseitigen Erklärung der Grund vereinigen, den African gebraucht, nämlich *nuda conventione pecuniam creditam fieri non posse*?

Unläugbar ist also wohl der Widerspruch zwischen Ulpian und African. Um nun diesen zu heben, wollen einige [27]) zwischen dem Zeitalter der beyden Rechtsgelehrten einen Unterschied machen. Sie sagen, zu den Zeiten Hadrians, unter welchem African lebte, sey die Traditio brevi manu beym Darlehn noch nicht in dem Umfange üblich gewesen, wie nachher zu den Zeiten des Kaisers Alexander, dessen Zeitgenoß Ulpian war. Letzter habe also nach dem

Io. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 4. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1864. not. d. pag. 114.

27) *M. Aur.* GALVANUS de Usufructu. Cap. XXXIII. §. 14. pag. 484. edit. *Tubing.*

dem neuern Rechte entschieden, welches auch jetzt noch zu befolgen sey. Allein am natürlichsten ist es wohl, wenn man mit Cujaz [28]) dem auch Wilhelm Ranchinus [29]), Julius Pacius [30]), Wilh. Barclajus [31]), Joseph Fernandez De Retes [32]) und Johann Jacob Wissenbach [33]) beystimmen, annimmt, daß African nach dem Grundsatz des strengen Rechts, vermöge welchen ein Darlehn nur durch Tradition einer dem Gläubiger eigenen Sache, aber nicht durch ein bloßes Pactum contrahirt wird, entschieden, Ulpian hingegen die billigere Meinung, welche in einer fictio brevis manus gegründet ist, befolgt habe. Daß man der Meinung des Ulpians den Vorzug gegeben habe, erhellet insonderheit auch aus einem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian. Es ist die *L. 8. Cod. Si certum petatur*, welche folgendermaßen lautet:

Si pro mutua pecunia, quam a creditore poscebas, argentum, vel iumenta, vel alias species, utriusque consensu aestimatas, accepisti, dato auro pignori, licet ultra usuram centesimam usuras stipulanti spopondisti, tamen sors, quae aestimatione placito partium

28) Observation. Lib. VIII. cap. 8.

29) Variar. Lectionum Lib. III. cap. 9. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. V. pag. 959.)

30) *Εναντιοφαν.* s. Legum conciliatar. Centur. III. Quaest. 64. pag. 235.

31) Commentar. ad L. 11. D. h. t. (in *Thes. Otton.* Tom. III. pag. 849.)

32) Opuscular. Lib. II. Sect. I. Cap. I. nr. 6. sqq. (in *Ger.* MEERMAN *novo Thes. iuris civ. et canon.* Tom. VI. pag. 90.)

33) Exercitat. ad Pand. Disputat. XXIV. Thes. 8.

tium definita est, et usurarum titulo legitima: summa tantum recte petitur [34]).

3) Wenn Jemand seinem Schuldner befiehlt, das ihm schuldige Geld einem Dritten als ein Darlehn auszuzahlen.

4) Wenn Jemand seinem Bevollmächtigten auf sein Gesuch gestattet, das Geld, welches dieser für ihn eingenommen, und an ihn auszuzahlen hatte, als ein Darlehn für sich zu behalten. In beyden Fällen liegt eine gegen die Strenge des Rechts angenommene fictio brevis manus zum Grunde. In dem ersten Falle wird nämlich angenommen, als ob der vorige Schuldner das Geld dem Gläubiger bezahlt, und hierdurch derselbe von seiner Verbindlichkeit befreit worden sey, der neue Schuldner aber das Geld hierauf von dem Gläubiger selbst, als ein Anlehn, empfangen habe. Eben so nimmt man in dem letztern Falle an, als ob durch die Ablieferung des Geldes an den Mandanten die obligatio ex mandato erloschen, und hierauf das Geld von diesem dem Mandatar wieder dargeliehen worden sey. Dies ist wenigstens Ulpians Ansicht, der dies als etwas Besonderes bemerkt, welches bey Geldanleihen gegen die Regel des gemeinen Rechts sey angenommen worden. Er sagt nämlich *L.* 15. *D. h. t.*:

Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam *si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam*, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc

34) Man vergleiche über diese Stelle *Iani a* COSTA Praelectiones ad illustriores quosd. Titulos locaque selecta iuris civ. pag. 192.

hoc et in eadem persona recipiendum est: ut, *cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas*, videatur mihi data [35]).

In Ansehung des ersten Falles, ist African mit Ulpian vollkommen einverstanden. Allein in dem zweyten Falle läugnet erster ausdrücklich, daß durch jene Uebereinkunft ein Darlehn contrahirt worden sey. Es soll also nach seiner Meinung bloß die actio mandati gegen den Schuldner Statt haben, jedoch so, daß er für die Gefahr des Geldes stehen, und die für den Gebrauch desselben etwa bedungenen Zinsen bezahlen muß. Die Stelle selbst lautet in der *L.* 34. *pr. D. Mandati* folgendermaßen.

Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistolam ad eum emisit, qua significaret, certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi esse debiturum eum usuris semissibus. Quaesitum est, an ex ea causa

35) Es verdient hiermit die Stelle in den *Basilicis* Lib. XXIII. Tit. 1. Const. 15. nach Fabrot T. III. pag. 225. verglichen zu werden, wo sie folgendermaßen lautet: Επὶ τοῦ δανείου τινὰ παρὰ τὴν ἀνεῖβειαν ἐδέχθησαν. ἐαν γὰρ ἐπιτρέψαντός μου παρά σοι ὁ χρεώστης μου, ἐνέχη μοι, εἰ καὶ τὰ μάλιστα ὀυκ τὴν ἐμὰ τὰ νομίσματα. εἰ δὲ καὶ συμφωνήσομεν ἔχειν σε ἐν δανείῳ ἅπερ ἀπὸ ἐντολῆς χρεωστεῖς μοι, δοκεῖς δεδωκέναι μοι, καὶ λαβεῖν ἐξ ἐμοῦ. i. e. *In mutuo quaedam contra rationem iuris recepta sunt: nam si tibi debitor meus mandatu meo pecuniam dederit, obligaris mihi, quamvis nummos meos non acceperis. Sed etsi convenerit, ut crediti nomine habeas, quae mihi ex causa mandati debes, videris mihi ea dedisse, et a me accepisse.*

causa credita pecunia peti possit, et an usurae peti possint? Respondit, *non esse creditam: alioquin dicendum, ex omni contractu, nuda pactione, pecuniam creditam fieri posse.* Nec huic simile esse, quod si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita fiat: quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt. Item quod, si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat: id enim benigne receptum est. His argumentum esse, eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam, ex argento redactam, periculo eius fore, qui accepisset argentum. *Et in proposito igitur dicendum, actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fuerint, tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat* [36]).

Man

36) In den *Basilic.* T. II. Lib. XIV. Tit. 1. Const. 34. pag. 131. lautet diese Stelle so. Ἐὰν ὁ διοικῶν τὰ πράγματά μου χρεώσας ἀπαιτήσῃ, καὶ γράψῃ μοι τοῦτο τὸ ποσὸν εἶναι παρ' αὐτῷ ἐν δανείῳ ἐπὶ τοιῷδε τόκῳ, ἐκ ἔχει χώραν ὁ δανειστὴς, ἀλλ' ἡ περὶ ἐντολῆς ἀγωγή. καὶ ὁ γράψας ἐγκινδυνεύσει ἐπὶ τοῖς χρήμασιν, καὶ δώσει τόκον. ἐ γὰρ ἐξ ἑκάστου συναλλάγματος, ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου συνίσταται δάνειον· εἰ καὶ τὰ μάλιστα γὰρ ἐπιτρέπων τῷ ἔχοντί μοι ἐν παραθήκῃ χρήματα, ἔχειν αὐτὰ δεδανεισμένα, συνίστημι δάνειον, ὅμως ἐμὰ ὄντα τὰ χρήματα, γίνεται αὐτῶ. Φιλαγάθως δὲ ἐδέχθη συνίστασθαι δάνειον, ὅτε κελεύσει μου λαβῆς παρὰ τῶ χρεώσου μου. i. e. *Si is, qui negotia mea procurabat, debitores meos exegerit, et mihi per epistolam significaverit, eam quantitatem apud se esse ex causa crediti sub usuris certis,*

Man hat mancherley Verſuche gemacht, beyde Stellen mit einander zu vereinigen. Nach einigen [37]) ſoll der Unterſchied darin liegen, daß Ulpian von Anweſenden, African hingegen von Abweſenden rede. Andere [38]) ſuchen die Vereinigung darin, daß in dem Falle, von welchen African redet, bloß eine einſeitige Erklärung von Seiten des Mandatars geſchehen ſey, weil in der *L.* 34. nicht ausdrücklich geſagt wird, daß der Mandant auf den Brief geantwortet habe. Ulpian hingegen rede von dem Falle, wo zwiſchen dem Mandanten und dem Mandatar die

certis, actioni ſi certum petatur de rebus creditis locus non erit, ſed mandati: et pecuniae periculum ad eum, qui epiſtolam miſit, pertinebit, et uſuras praeſtabit: non enim ex omni contractu nuda pactione creditum contrahitur. Quamvis enim ſi pecuniam apud aliquem depoſitam conceſſerim, ut creditum habeat, creditum contrahatur: hoc tamen procedit, quia nummi, qui mei erant, eius fiunt. Benigne autem receptum eſt, ut mutuum contrahatur, cum iuſſu meo pecuniam acceperis a debitore meo.

37) *Io.* VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 5. *Hellf. Ulric.* HUNNIUS Variar. Reſolution. iuris civ. Lib. III. Tract. III. P. I. Q. 6. *Henr.* KELLINGHUSEN Diſſ. de Legibus nonnullis Romanor. *Franequerae 1744.* Cap. 13. (in *Ger.* DELRICHS *Theſ. novo Diſſertat. iuridicar. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. pag. 38.) und MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 466. in fin.

38) *Ludi.* CHARONDAS Πειθανῶν ſ. Veriſimilium Lib. III. cap. 14. (in *Ey.* OTTONIS *Theſ. iuris Rom.* Tom. I. pag. 793.) *Io.* GOEDDAEUS in Comm. de rebus creditis Cap. III. nr. 85. ſq. p. 246. *Io.* CORASIUS Miſcellaneor. iuris civ. Lib. VI. cap. 16. *Sac. Herm. ab* IDSINGA Varior. iuris civ. (*Harlingae 1738.*) cap. 10. et in Diſſ. cit. de mutuo. Cap. V. §. 4. *Carl. Frid.* WALCH Introduct. in Controv. iuris civ. pag. 500. Not. *) und HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1864. not. e.

die ausdrückliche Uebereinkunft war getroffen worden, daß letzter das für den erstern erhobene Geld, als ein Darlehn behalten solle. Noch andere [39]) wollen die Antinomie durch Unterscheidung des Zeitalters der beyden Rechtsgelehrten heben. Sie sagen, Africanus, der älter als Ulpian sey, rede von dem ältern Rechte, letzterer aber von dem zu seinen Zeiten eingeführten neuern Rechte. Allein gegen alle diese Vereinigungsarten ist noch immer viel einzuwenden. Denn 1) hat der Unterschied, welcher nach der ersten Meinung zwischen Gegenwärtigen und Abwesenden gemacht wird, hier auf die Entscheidung der Frage nicht den mindesten Einfluß. Es ist auch in der *L.* 15. *h. t.* keine Spur zu finden, daß das Geschäft unter Anwesenden geschlossen worden sey, und eben so wenig setzt African *L.* 34. den Grund seiner Entscheidung darin, daß die Partheyen abwesend waren, sondern sein Grund ist der, *non ex omni contractu, nuda pactione, pecuniam creditam fieri posse.* Denn nach der Regel des gemeinen Rechts, an welche sich hier African hält, kann das Darlehn, als ein Realcontract, nur durch die Uebergabe einer dem Darleiher eigenen Sache sein Daseyn erhalten. In mutuo enim, sagt Justinian [40]), ita a me tibi datur, *ut ex meo tuum fiat.*

39) *Vigl.* ZUICHEMUS in Praelection. in Tit. Pand. de rebus credit. (*Coloniae 1582.* 8. ad L. 15. h. t. nr. 51. pag. 186. GERNOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 273. M. *Aur.* GALVANUS de Usufructu Cap. 33. §. 14. pag. 481. *edit. Tüb. Henr.* BRENCMANN Disputat. de Legum inscriptionib. §. 22. (in *Abrah.* WIELING *Iurisprud. restituta* Tom. II. pag. 168.) *Frid. Gottfr.* HOUCK Diss. de rationibus veterum ICtorum falso suspectis. *Trajecti ad Rhen. 1734. Cap. I. §. 4.* (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. iuridic. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 326.)

40) *Pr. I. Quib. mod. re contrab. obligat.*

fiat. Es kann also durch den bloßen Vertrag, daß der Schuldner das Geld, davon der Gläubiger selbst noch nicht Eigenthümer war, als ein Darlehn behalten solle, nicht schlechthin geschlossen werden. Dies ist eigentlich der Ideengang des Africans [41]). Wenn man hingegen 2) nach der andern Meinung annehmen wollte, daß auf den Brief des Mandatars keine Antwort erfolgt, und also in dem Falle, wovon African redet, eine blos einseitige Erklärung geschehen sey, so wäre es in der That gar keiner Frage werth gewesen, ob der Mandatar durch sein Schreiben seine Verbindlichkeit aus dem Mandatcontract, ohne Einwilligung des Mandanten, in ein Darlehn habe verwandeln können. Die verneinende Antwort derselben verstand sich ja von selbst, ohne daß es deshalb der vom African angeführten Zweifels- und Entscheidungsgründe bedurft hätte. Allein daß hier wirklich von keiner einseitigen Erklärung, sondern von einem wirklichen Vertrage, der bekanntermaßen auch unter Abwesenden durch Briefe geschlossen werden kann [42]), die Rede sey, beweisen die Worte: alioquin dicendum, ex omni contractu, *nuda pactione*, pecuniam creditam fieri posse, ferner: tamen usuras, *de quibus convenerit*, praestare debeat, unwidersprechlich. 3) Der Vereinigungsart nach dem Unterschiede des Zeitalters der beyden Rechtsgelehrten steht entgegen, daß aus dem Fragment des Ulpians nicht zu ersehen ist, daß er das neuere Recht

41) S. *Io. Iac.* WISSENBACH Comment. ad Institut. Disp. XXXII. Th. 7. BORCHOLTEN de mutuo Cap. 5. nr. 25. *Nicol.* DE PASSERIBUS Conciliat. Legg. pag. 176. und VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 40.

42) *L.* 2. *D. de pactis.* *L.* 15. *D. de fundo dotali.*

Recht seines Zeitalters habe vortragen wollen [43]). Nein, Ulpian läugnet keinesweges, daß das, was African lehrt, der Regel des gemeinen Rechts gemäß sey. Auch Paulus, ein Zeitgenoß Ulpians, besteht fest auf dem Grundsatz: *In mutui datione oportet dominum esse dantem* [44]). Daß auch Ulpian in dem *Libro* 31. *ad Edictum*, woraus die *L.* 15. *D. h. t.* genommen ist, eben so, wie African, vom Mandatscontract gehandelt habe, erhellet aus *L.* 8. 10. 12. 14. *et* 16. *D. Mandati.* Allein er meint, weil man schon in mehreren Fällen von der Regel des gemeinen Rechts, daß der Darleiher Eigenthümer der darzuleihenden Sache seyn müsse, abgewichen sey, und insonderheit gegen diese Regel, der Billigkeit wegen, den Satz angenommen habe, daß ein Darlehn durch Anweisung eines Schuldners mit

43) GOEDDAEUS in Comm. de reb. credit. Cap. 3. nr. 75. pag. 241. meint sogar, es sey überhaupt noch gar nicht entschieden, ob Afrikan vor oder nach Ulpian gelebt habe. Allein darin hat er wohl offenbar unrecht. Daß African älter als Ulpian ist, läßt sich wohl nicht bezweifeln. Denn African lebte unter Hadrian und Pius, und also noch vor den Zeiten des Severus und Antoninus, unter welchen Ulpian lebte, wie CUJACIUS ad Africanum Tractat. I. und in Observation. Lib. VII. cap. 2. aus *L.* 3. §. 4. *D. de agnosc. et alend. liberis* und *L.* 109. *D. de legatis I.* erwiesen hat. Er ist eben derjenige *Sextus Caecilius Africanus*, dessen GELLIUS Lib. XX. cap. 1. gedenkt. S. *Bern. Henr.* REINOLDI Opuscul. iurid. pag. 312. Er war übrigens ein großer Verehrer Julians, und giebt desselben Meinungen immer unbedingten Beyfall. S. *Gottfr.* MASCOV de Sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IV. §. 3. pag. 80. sqq.

44) *L.* 2. §. 4. *D. h. t.*

mit der Zahlung an denjenigen, den man ein Darlehn geben will, contrahirt werden könne, wie African selbst nicht läugnen kann; so lasse sich aus gleichem Grunde der Billigkeit durch eine fictio brevis manus füglich annehmen, daß auch in dem Falle, da ich meinem Anwalt gestatte, das für mich eingenommene Geld, als ein Darlehn, für sich zu behalten, der contractus mutui gültig geschlossen werde. Denn es verdienen hier besonders die Worte erwogen zu werden, wenn Ulpian sagt: *Quod igitur* in duabus personis *recipitur*, hoc et in eadem persona *recipiendum* est. Der sicherste und richtigste Weg, den auch die meisten [45]) betreten haben, ist also wohl der, wenn man annimmt, daß African nach dem strengen Rechte entschieden habe, und sich also gegen diejenige Meinung erkläre, die Ulpian als die billigere annimmt, welche auch unstreitig nach und nach durch den Gerichtsgebrauch herrschend geworden ist, wie sich aus der *L. 6. Cod. Si certum petatur* schließen läßt, und daher heut zu Tage zur Entscheidungsnorm dienen muß.

5.) Wenn ich einem Dritten den Auftrag gebe, das Geld, warum mich Jemand angesprochen hat, demselben für meine Rechnung, als ein Darlehn, auszuzahlen. Auch hier

45) *Iac.* CUJACIUS ad Africanum Tractat. VIII. ad L. 34. D. Mandati. *Eman.* SOAREZ *a* RIBEIRA Observation. iuris Cap. 4. (in *Ger.* MEERMAN *novo Thes. iur. civ. et canon.* Tom. V. pag. 567.) *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Anton.* FABRUM Lib. II. Tract. XVI. Quaest. 5. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 40. *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. Decad. XXXV. Th. 3. BARCLAIUS ad L. 15. D. h. t. bey OTTO T. III. pag. 858. *Theod. Lamb.* PRINS cit. Specim. de iis, quae sunt singularia in mutuo. Cap. II. §. 11. u. a. m.

hier ist, als Ausnahme von der Regel, angenommen, daß ich gegen den Empfänger des Geldes condictionem mutui anstellen kann, nicht anders, als ob er das Geld von mir selbst bekommen hätte. Es liegt aber hier nicht blos eine fictio brevis manus zum Grunde, sondern dieser Fall weicht auch darin von der Regel ab, daß hier dem Gläubiger durch eine freye Person eine Obligatio erworben wird. Das Nämliche findet sogar in dem Falle statt, wenn Jemand sein Geld in meinem Namen ohne meinen Auftrag einem Dritten darleihet, sofern ich solches nachher genehmiget habe. Denn die Ratihabition wird retrotrahirt, und gilt für einen Auftrag. Beyde Fälle hat Ulpian, welcher *L.* 9. §. 8. *D. h. t.* sagt:

Si nummos meos tuo nomine dedero, velut tuos, absente te et ignorante, *Aristo* scribit, adquiri tibi condictionem. *Iulianus* quoque de hoc interrogatus, libro decimo scribit, veram esse *Aristonis* sententiam: nec dubitari, quin si meam pecuniam tuo nomine, voluntate tua, dedero, tibi adquiratur obligatio; cum quotidie credituri pecuniam mutuam, ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor *meus et* futuro debitori nostro.

So liefet nämlich die Florentine. Daß aber die Worte *meus et*, keinen Sinn haben, leuchtet in die Augen. Schon Taurellus hat daher in seiner Ausgabe die Bemerkung gemacht, daß in einer alten Handschrift statt meus et, *numeret* gelesen werde. Diese Lesart haben auch Haloander und Baudoza; und Brenkmann bemerkt in dem Gebauerschen Corpore iuris, daß er sie in acht Handschriften eben so gefunden habe. Ich kann

dieſen auch noch unſern Erlanger Pandecten Codex beyfügen. Gerhard Noodt[46]), und Wilhelm Barclai[47]) geben dieſer Leſeart ihren vollen Beyfall. Man kann auch nicht läugnen, daß hierdurch ein richtiger Sinn hergeſtellt werde. Allein Wilhelm Beſt[48]) hält dennoch dieſe Leſeart für eine liberior conjectura interpretis cuiusdam. Nach ſeiner eigenen Emendation ſoll man ſo leſen: *ut noſtro nomine creditor meus* DET *futuro debitori noſtro.* Er rechtfertiget dieſe Leſeart durch folgende Erläuterung: h. e. ut ille, a quo poſco pecuniam, creditor meus futurus (utpote qui me ex cauſa mandati habebit obligatum) det futuro debitori meo ex cauſa mutui, atque ita mihi condictionem acquirat. Dieſe ſehr beſcheidene Emendation billigen auch vorzüglich Idſinga[49]), Coccejus[50]), und Neuhaus[51]). Nicht gleichen Beyfall hat die Emendation des Godefroi[52]) erhalten, welcher ſtatt: *creditor meus et futuro debitori, credamus futuro debitori noſtro,* oder *credatur futuro debitori noſtro* geleſen wiſſen will. Coccejus verwirft ſie mit Recht. Neque enim integra verba, ſagt er, per errorem inſerta codici florentino alias accuratiſſimo praeſumi debent. Vielleicht dürfte die

46) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. Operum pag. 276.

47) Commentar. ad h. L. in *Theſ. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 846.

48) Ratio emendandi Leges Cap. XXV. §. 2. pag. 372. edit. *Lipſ. 1745. 8.*

49) Diſſ. de mutuo Cap. V. §. 2.

50) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 10.

51) Not. ad Beatii Ration. emend. LL. pag. 372.

52) Not. ad L. 9. D. h. t.

dieser Grund auch die neuere Conjectur treffen, welche Wilhelm a Teisterbant, genannt Bilderdyk[53]), dem gelehrten Publicum mitgetheilt hat. Er verwandelt nämlich die Worte: *creditor meus et*, in *creditum numeret*. Ob diese Veränderung den Namen einer simplicissima correctio verdient, den er ihr selbst beylegt, mag der Critiker beurtheilen. Ich würde der Bestischen Emendation, als der bescheidensten, ohne Bedenken den Vorzug einräumen, wenn nicht der Pluralis *crediturі* mit dem darauf folgenden Singularis *creditor meus* zu sehr contrastirte. Dieser Anstoß fällt aber bey der durch die Auctorität so vieler alten Manuscripte unterstützten Lesart *numeret*, statt *meus et*, weg. Daher trage ich keinen Augenblick Bedenken, diese Lesart mit Walch[54]) allen übrigen Conjecturen vorzuziehen. Schade, daß uns die Basiliken hier ganz verlassen. Sie enthalten zwar die Stelle Ulpians[55]), aber nur den ersten Fall, der letztere Theil derselben, bey welchem gerade die streitige Lesart vorkommt, fehlt in denselben. Man überzeuge sich hiervon aus folgenden Worten:

Ἐὰν ἐμὰ νομίσματα ὀνόματί σου παρέσχω ἀπόντος σου καὶ ἀγνοοῦντος, συνίσταται δάνειον. i. e. *Si nummos meos tuo nomine dedero, absente te, et ignorante, mutuum contrahitur.*

Soviel übrigens den Inhalt der Stelle selbst anbetrifft, so waren zwar die römischen Rechtsgelehrten darin

53) Observation. et Emendation. Cap. XVI. pag. 122.

54) Introduct. in controvers. iuris civ. pag. 503. Not. *)

55) Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. Const. 9. §. 7. pag. 222.

einverstanden, daß wenn ich Jemandem den Auftrag gebe, einem Dritten für mich Geld darzuleihen, mir hierdurch die condictio ex mutuo erworben werde. Paulus läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L.* 2. §. 4. *D. h. t.* sagt:

Si voluntate mea tu des pecuniam, *mihi actio acquiritur*, licet mei nummi non fuerint.

Allein zweifelhafter war der andere Fall, wenn Jemand, ohne meinen Auftrag, sein Geld für mich einem Dritten darleihet. Emanuel Soarez a Ribeira[56]) kann nicht begreifen, wie hier durch eine fictio brevis manus ein Darlehn zwischen mir und dem dritten Schuldner contrahirt werde. Er glaubt daher, daß auch hier ein geschehener Auftrag angenommen werden müsse, und folglich die Worte *te absente et ignorante* nicht sowohl die Form des Contracts andeuten, als vielmehr von der Zeit der Numeration zu verstehen wären. Allein diese Erklärung ist offenbar erzwungen, und ist dem ganzen Zusammenhange zuwider. Denn die nachfolgenden Worte *tua voluntate*, lehren ja unwidersprechlich, daß vorher von einem solchen Falle die Rede war, wo kein Auftrag zur Auszahlung des Darlehns war ertheilet worden. Man unterscheide also vielmehr mit Gerhard Noodt[57]), ob ich das für meine Rechnung ohne meinen Auftrag gegebene Darlehn nachher genehmige, oder nicht. Im ersten Falle wird ein Darlehn zwischen mir und dem Dritten, der das Geld in meinem Namen erhalten hat, contrahirt. So entschied

56) Observation. iuris cap. 13. (in MEERMAN *Thes. iuris civ. et canon. Tom. V. pag. 573.*)

57) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 277.

schied Aristo, und Julian stimmt dieser Meinung bey. Es kann wohl seyn, daß nicht alle Rechtsgelehrten hierin einverstanden gewesen sind. Sie war aber unstreitig nach Ulpian die herrschende. Im letzten Falle hingegen versteht sich's, daß mir nicht wider meinen Willen eine Klage aufgedrungen werden kann. Derjenige kann also nur gegen den Schuldner klagen, der ihm das Geld gegeben hat. Da dieser jedoch nicht die Absicht hatte, für sich zu erwerben, so kann er der Billigkeit wegen nur *condictione certi utili* klagen [58]).

Wenn nun gleich die Uebergabe, sie geschehe wirklich oder brevi manu, zur Entstehung eines Darlehns wesentlich nothwendig ist; so dürfen doch auch nicht die zu einem gültigen Vertrage überhaupt erforderlichen Eigenschaften fehlen [59]). Ein Irrthum, welcher die Einwilligung hindert, steht daher der Gültigkeit eines Darlehns sogut, wie jedem andern Vertrage, im Wege. Denn es gilt auch hier die Regel: *mutuum, nisi inter consentientes, contrahi non potest.* Publius Juventius Celsus hat hiervon einen merkwürdigen Fall in der berühmten *L.* 32. *D. de rebus creditis*, welche die Alten *legem auream, aureisque literis scribendam* nennen [60]). Sie lautet folgendergestalt:

58) *L. 4. §. 1. Cod. Si certum petat.* Idem si cessare mandatum animadverterit, *utilem tibi adversus debitorem eo actionem nomine competere* non negabit. S. PRINS Diss. cit. de iis, quae sunt singularia in mutuo. Cap. II. §. 12.

59) *L. 1. §. 3. D. de pactis.* Adeo *conventionis* nomen generale est, ut eleganter dicat *Pedius*, nullum esse contractum, nullam obligationem, *quae non habeat in se conventionem.*

60) S. BRUNNEMANN Commentar. ad L. 32. h. t.

Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares, eum Titii debitorem esse: an mihi obligaris? Subsisto: siquidem nullum negotium mecum contraxisti. Sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (*hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest*); sed quia pecunia mea[61]) ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.

Es war hier ein Irrthum in der Person des Gläubigers vorgefallen, der die Entstehung einer obligatio ex mutuo hinderte. Der Fall war nämlich der. Sempronius spricht mich, und nachher auch den Titius um ein Gelddarlehn an. Da ich gerade nicht bey Gelde war, so vertröste ich ihn auf die Heimzahlung eines Capitals, welches ihm mein Schuldner, auf meine Ordre, auszahlen solle. Vermuthlich mochte ihn Titius auf gleiche Art vertröstet

61) Die Florentine lieset *mea*, QUAE *ad te pervenit*. Allein Haloander und Baudoza haben das *quae* nicht. Auch in unserm *Cod. Pand. mspto Erlang.* fehlt es; und diese Lesart scheint mir den Vorzug zu verdienen *Io. Guil.* MARCKART in Probabil. receptar. Lectionum iuris civ. pag. 77. sucht indessen die florentinische Lesart zu vertheidigen, und beruft sich auf mehrere Stellen der Classiker, (CICERO *de L. Agrar.* I. c. 4. et II. c. 9. CICERO *de prov. consul.* cap. 15. Id. *ad Atticum* Lib. VIII. Ep. 12. IUL. CAESAR *de Bello civ.* Lib. I. c. 41.) wo eine ähnliche Construction vorkommen soll. In den *Basilicis* Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. Const. 32. pag. 228. heißt es: δάνειον μὲν οὐ συνέστη, ἐνέχῃ δὲ μοι εἰς τὰ δοῦναί μοι ἅπερ ἐκ τῶν ἐμῶν ἔλαβες. i. e. *mutuum quidem contractum non est, teneris tamen mihi reddere, quod ex re mea accepisti.*

tröstet haben. Ich schicke hierauf auch wirklich meinen Schuldner zu dem Sempronius hin. Dieser giebt ihm die Versicherung, daß er von ihm das benöthigte Geld erhalten solle. Es geschahe mittelst einer bey den Römern üblichen Stipulation, um sich desto gewisser darauf verlassen zu können. Er zahlt ihm auch wirklich die verlangte Summe aus. Allein Sempronius hält diesen Mann für den Schuldner des Titius, und stipulirt mit ihm in dieser Meinung. Wäre hier kein Irrthum in der Person des Gläubigers vorgegangen, so wäre wegen des beym Darlehn angenommenen Princips der fictio brevis manus die Gültigkeit des Contracts gar keinem Zweifel unterworfen. Allein wegen des Irrthums, in welchem sich Sempronius befand, hatte er gar nicht mit mir contrahirt. Ich kann also auch nicht ex mutuo gegen ihn klagen. Soll aber deswegen gar keine Klage Statt haben? dies wäre unbillig. Sempronius hat doch das Geld von meinem Schuldner erhalten. Er muß es also auch wiederbezahlen. Mit Recht wird ihm daher der Billigkeit wegen eine Klage zugestanden. Was ist dies aber für eine Klage? Die Rechtsgelehrten sind darüber nicht einig. Einige [62]) halten sie für eine *actio mutui utilis*, andere [63]) für eine *condictio indebiti*, andere für eine *condictio sine causa* [64]), noch andere für eine

62) PUFENDORF Observation. iur. univ. Tom. II. Obs. 183. §. 2. und Schmidt im Lehrbuch von Klagen §. 767. verglichen mit seines Sohnes Commentar über dieses Lehrbuch 3. Band §. 766.

63) BUSIUS Comm. ad L. 32. h. t.

64) BARCLAJUS ad L. 32. und *Desid.* HERALDUS de rerum iudicatar. auctoritate Lib. II. cap. 23. §. 7. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* T. II. pag. 1270.)

eine *condictio certi generalis*[65]), noch andere[66]) für eine *condictio ex Lege*, wieder andere[67]) für eine *actio in factum*, und wieder andere[68]) für eine *actio de in rem verso utilis*. Ist Einem an dem Namen der Klage gelegen, so kann man sie meinetwegen mit Westenberg[69]) eine *condictio ex L. 32. D. de rebus creditis*, oder mit Joh. Lud. Conradi[70]), nach ihrem Erfinder, dem Römischen Juristen, Juventius Celsus, *Condictio Iuventiana* nennen.

§. 780.

Inwiefern enthält der Darlehnscontract eine Alienation?

Daß im Darlehn das Eigenthum der dargeliehenen körperlichen Sache auf den Empfänger übertragen werde, lehrt der Begriff, und eben dies beweisen die oben (§. 777.) angeführten Gesetzstellen so klar, daß darüber kein Zweifel entstehen kann. Auch in den Basiliken[71]) heißt es ausdrücklich: τὸ δὲ δάνειον μετατίθησι δεσποτείαν. i. e. *mutuum autem dominium transfert*. Justinian setzt hierin vorzüglich

65) BREUNING Quaest. iuris controv. an mutuum contrahi possit inter ignorantes. *Lipsiae 1772.* §. 7.

66) So nennen sie *Wolfg. Adam* LAUTERBACH in Commentat. in L. Si me et Titium XXXII. D. de reb. credit. *Tübingae* 1673. und *Died. Gotth.* ECKARD in Diss. de condictione ex L. 32. D. de reb. cred. *Lipsiae 1729.*

67) BACHOV Tr. de actionib. Diss. IV. Th. 24.

68) LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. CXXX. medit. 8.

69) De causis obligationum Dissertat. III. cap. 2—5 70.

70) De Iuventiana condictione, quae est in L. 32. D. de rebus creditis. *Marburgi* 1774. 8.

71) Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. Constit. 2. §. 3. pag. 220.

lich den Unterschied zwischen *mutuum* und *commodatum*. Denn im Leihcontract wird dem Andern bloß der bestimmte Gebrauch einer Sache unentgeldlich eingeräumt, und zwar so, daß der Empfänger eben dieselbe Sache nach gemachtem Gebrauche wieder zurückgeben muß. Hier wird also kein Eigenthum übertragen. Daher darf auch hier der Empfänger nicht für den Zufall haften, wie der Darlehnnehmer [72]), welcher die empfangene Sache, nicht in specie, son-

72) Zuweilen geht die Gefahr des zufälligen Verlustes auf den Empfänger über, wenn gleich der Darlehnscontract noch nicht zur Wirklichkeit gekommen ist. Beyspiele enthält folgende merkwürdige Stelle. *L. 4. D. de reb. cred.* Si quis nec causam, nec propositum foenerandi habuerit, et tu emturus praedia desideraveris mutuam pecuniam, nec volueris creditae nomine, antequam emisses, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut, si emisses, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo est eius, qui suscepit. Nam et qui rem vendendam acceperit, *ut pretio uteretur*, periculo suo rem habebit. Es ist jedoch in dem hier angeführten letztern Falle nach Maasgebung der *L. 11. pr. D. h. t.* ein Unterschied zu machen, ob die Absicht ein Darlehn zu geben die alleinige Ursache war, warum ich die Sache dem Empfänger zum Verkauf gegeben habe, oder ob sie mir schon vorher feil war, und ich dem Empfänger blos erkläre, daß er das daraus zu lösende Geld als ein Darlehn behalten solle. Nur im ersten Fall trägt der Empfänger den Schaden, wenn die Sache vor dem Verkauf durch Zufall verlohren geht. In dem letztern aber muß ich den Schaden selbst tragen. Es heißt nämlich *L. 11. cit.* Quod si lancem, vel massam sine tua culpa perdideris prius, quam venderes, utrum mihi, an tibi perierit, quaestionis est? Mihi videtur *Nervae* distinctio verissima, existimantis, multum interesse, *venalem habui hanc lancem* vel *massam*, nec ne: ut si ve-

ſondern nur der Gattung, Qualität und Quantität nach, reſtituirt. Der §. 2. *I. Quib. mod. re contrab. obligatio* ſagt:

Is, cui res aliqua utenda datur, id eſt, *commodatur*, — ab eo, qui *mutuum* accepit, longe diſtat: namque non ita res datur, *ut eius fiat*, et ob id *de ea re ipſa reſtituenda* tenetur[73]). Et is quidem, qui *mutuum* accepit, ſi *quolibet fortuito caſu* amiſerit, quod accepit: veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hoſtiumve incurſu: *nihilominus obligatus remanet.* At is, qui utendum accepit, ſane quidem exactam diligentiam cuſtodiendae rei praeſtare iubetur, — ſed propter maiorem vim maioresve caſus non tenetur, ſi modo non ipſius culpa is caſus intervenit.

Da nun die Uebertragung des Eigenthums auf einen Andern eine Alienation im rechtlichen Sinn genennt wird;

Eſt

venalem habui, *mihi perierit*, quemadmodum ſi alii dediſſem vendendam: quod ſi non fui propoſito hoc, ut venderem, *ſed haec cauſa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam periiſſe*; et maxime, ſi ſine uſuris credidi. Man vergleiche *Franc.* DUARENI Commentar. in h. Tit. Pand. Cap. 8. *Operum* pag. 891. *Ulr.* HUBERI Eunom. Roman. Lib. XII. ad L. 11. D. de reb. cred. pag. 467. und *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. Dec. XXXV. Th. 5.

73) THEOPHILUS *in Paraphr. graeca* ad h. §. 2. ſetzt dieſen Unterſchied noch deutlicher auseinander, wenn er ſagt: *το μὲν γὰρ δάνεισμα μεταπίθησι δεσποτείαν, τὸ δὲ κομμοδάτον ἐ μεταπίθησι· καὶ διὰ τοῦτο τῇ τοῦ πράγματος ἀποκτήσει κρατεῖται ὁ χρησάμενος.* i. e. *Mutuum enim transfert dominium, at Commodatum non transfert: atque ideo commodatarius ad ipſius rei reſtitutionem tenetur.*

Est enim *alienatio* omnis actus, per quem dominium transfertur:

wie die Kaiser Sever und Antonin *L.* 1. *Cod. de fundo dotali* rescribiren: so ergiebt sich hieraus die unläugbare Folge, daß ein gültiges Darlehn die volle Veräußerung der Sache enthalte. Die Gesetze sagen dieses auch an mehreren Orten ganz ausdrücklich. Denn wenn uns Paulus *L.* 16. *D. h. t.* belehren will, daß von gemeinschaftlichen Geldern zwar jeder seinen Antheil wegleihen, aber keiner das gemeinschaftliche Geld für sich allein und ohne Wissen und Einwilligung der übrigen Theilhaber gültig auf ein Anlehn geben könne, so führt er zum Grunde seiner Entscheidung an: quia suae *partis tantum alienationem habuit*: und African sagt *L.* 41. *D. h. t.* geradezu: Quas vero pecunias *ipse credidisset*, eas non ex maiore parte, quam ex qua ipse heres sit, *alienatas* esse. Nam et si tibi in hoc dederim nummos, ut eos Sticho credas, deinde, mortuo me, ignorans dederis, *accipientis non facies.* Neque enim sicut illud receptum est, ut debitores solventes ei liberentur, ita hoc quoque receptum, *ut credendo nummos alienaret.* Ich füge noch Justinians Zeugniß aus §. 2. *I. Quibus alienare licet* hinzu, wo es heißt: Nunc admonendi sumus, neque pupillum neque pupillam rem ullam sine tutoris auctoritate *alienare* posse. Ideoque si *mutuam pecuniam* sine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem, *quia pecuniam non facit accipientis.*

Die Alienation geht jedoch blos auf die individuelle Sache, welche im Darlehn dem Andern eingehändiget wird, nicht auf die Quantität, oder das Genus.

Denn

Denn der Gläubiger behält das Recht auf eine gleiche Quantität. In dieser Beziehung sagt Ulpian *L.* 213. §. 1. *D. de verbor. Signif.* Aes alienum est, quod nos alii debemus: Aes suum est, quod alii nobis debent. Auf solche Art läßt sich nun der Streit leicht beylegen, welcher zwischen Salmasius[74]) und seinen Gegnern Carl Annib. Fabrotus[75]), Joh. Jacob Wissenbach[76]), Cyprian Regneri[77]), Polycarpus Sengeber

74) SALMASIUS hatte nämlich zuerst in seinem Buche de Usuris. *Lugd. Batav. 1638.* und nachher in der Vorrede seines Tractats de modo usurarum eine neue Meinung vorgetragen, daß nämlich im Darlehn keine Veräußerung vorgehe. Diese hatte er hierauf in einer besondern Diatriba, in mutuo non fieri alienationem, unter dem Namen *Alexii a* MASSALIA, *domino de sancto Lupo. Leidae* 1640. weitläuftiger zu erweisen gesucht. Er antwortete auf die ihm entgegen gesetzten Gründe noch in einer besondern Schrift unter dem Titel: Disquisitio de mutuo, qua probatur non esse alienationem. *Lugd. Bat. 1645.* Es erfolgten nach dieser Streitschrift noch mehrere, welche Salmasius gegen einzelne Gegner, nämlich gegen Heraldus, Wissenbach, Gösius u. Sengeber richtete. Man sehe *Ger.* MEERMAN Praefat. Tomi III. *Thesauri iur. civ. et canon.* pag. 5. sq. *Mart.* LIPENII Biblioth. iurid. cum Supplem. *Schott.* v. *Mutuum an sit alienatio?* und WALCH Introd. in controv. iuris civ. pag. 497.

75) Epistola de mutuo. *Lugd. Bat.* 1645. 8. EIUSDEM Replicatio adversus Cl. *Salmasii* refutationem, in qua mutuum alienationem esse ostenditur. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 1242. sqq.)

76) Diatriba de mutuo esse alienationem eiusque vindiciae. *Franequerae 1660.* 12.

77) P. *Cunaei* sententia: mutuum esse alienationem, adversus *Salmasium* defensa a *Cypriano* REGNERI. *Lugd. Bat. 1640.* EIUSDEM Propemticon ad SALMASIUM. *Ibid. eod.*

ber[78]), Wilhelm Gösius[79]), und Joh. Otto Tabor[80]) über die Frage, ob das Darlehn eine Veräußerung enthalte, entstanden ist. Das Hauptargument, worauf Salmasius seine Hypotheſe bauet, nämlich die Stelle Ulpians, welcher *L.* 55. *D. de Solutionib.* sagt:

Qui sic solvit, ut reciperet, non liberatur: quemadmodum non alienantur nummi, qui sic dantur, ut recipiantur,

ist gerade das unbedeutendste. Denn der ganze Zusammenhang lehrt, daß hier vom Darlehn gar keine Rede sey, sondern von der Bezahlung einer Schuld, welche, wie zuweilen der Fall ist, blos zum Schein (dicis causa) geschieht, und wodurch also der Schuldner nicht befreiet wird. Ueberdem sagt hier Ulpian keinesweges: non alienari nummos, qui sic dantur, *ut pro iis alii eiusdem generis et qualitatis reddantur*, wie im Darlehn geschieht, sondern er sagt: *non alienari nummos*, qui sic dantur, *ut recipiantur*. Es ist also hier de ipsis nummorum corporibus die Rede, die ich z. B. dem Andern blos zur Prahlerey leihe, und welche er mir in Natur ersetzen muß. Hier kann denn freylich von keiner Alienation die Frage

78) Disceptatio de mutuo adversus Cl. *Salmasii* novum dogma. *Lutetiae 1646.* (in *Ger.* MEERMAN *Thesaur. iur. civ. et canon.* Tom. III. pag. 369. sqq.)

79) Vindiciae pro recepta de mutui alienatione sententia. *Lugd. Batav. 1646. 8.* rec. *Halae 1768.*

80) Redargutio Elenchorum *Salmasii* de mutuo. (Adj. EIUSDEM *Tractatib. synopt. trib. de iure socidae* etc. *Argentorati 1646. 8.* pag. 353. sqq.)

Frage seyn, weil das Geschäft ein Commodatum ist [81]). Der Unterschied, den Salmasius überdem zwischen Uebertragung des Eigenthums, welche er beym Darlehn nicht läugnet, und Alienation macht, die er darum nicht zugeben will, weil der Darlehnsempfänger eine gleiche Quantität dereinst zurückzahlen muß, zeigt von ganz unrichtigen Begriffen, wie Cornelius van Bynkershök [82]), Anton Schulting [83]), van Idsinga [84]), Ernst Fried. Schröter [85]), Christ. Gottl. Einert [86]), und Theodor Lambert Prins [87]) zur Genüge dargethan haben.

§. 781.

Wer kann ein Darlehn geben?

Aus dem Grundsatz, daß das Darlehn die volle Veräußerung der dargeliehenen Sache enthält, ist nun zunächst die Frage zu entscheiden, wer ein gültiges Darlehn geben könne? Es kann nämlich ein Darlehn nur der Eigenthümer geben, welcher die freye Verfügung über seine Güter hat,

81) CUJACIUS in Iulio Paulo ad L. 2. pr. D. de reb. credit. und SCHULTING Thes. controversar. Decad. XXXV. Thes. 10. in fin.

82) Opuscul. de rebus mancipi et nec mancipi. Cap. IX. circa fin. (in *Opuscul. Lugduni Batav. 1719.* pag. 134.)

83) Iurisprud. Antejustin. pag. 147.

84) Diss. de mutuo. Cap. IV. (in OELRICHS *Thes. novo Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 140. sqq.)

85) Diss. de alienatione in mutuo contra *Salmasium. Ienae 1675.*

86) Progr. de definitione alienationis, quae in mutuo fieri dicitur. *Lipsiae 1772.*

87) Diss. de iis, quae sunt singularia in mutuo. Cap. 3. pag. 31. sq.

hat [88]), oder wer sonst zur Veräußerung fremder Sachen befugt ist, wie z. B. ein Bevollmächtigter des Eigenthümers oder der Vormund [89]). Hieraus folgt,

I. daß Personen, welche unter der Vormundschaft stehen, und also zu keiner einseitigen Veräußerung befugt sind, ohne Einwilligung ihrer Vormünder kein Darlehn geben können. Hierher gehören

1) Pupillen. Von diesen sagt Cajus *L. 9. pr. D. de auctor. et conf. tutor.* Pupillus *credendo* obligare sibi non potest, quia sine tutoris auctoritate nihil alienare potest. Eben so Theophilus [90]): *ὁ πούπιλλος ἢ ἡ πουπίλλα οὐ δύνανται ἐκποιεῖν τὰ οἰκεῖα πράγματα sine tutoris auctoritate. διὸ οὐδὲ δανείζουσι.* i. e. *Pupillus vel pupilla res suas alienare nequeunt sine tutoris auctoritate; quare nec mutuum dant.*

2) Minderjährige. Das Römische Recht unterscheidet zwar in Ansehung derselben, ob sie einen Curator haben, oder nicht. Nur in dem ersten Falle werden sie den Unmündigen gleichgeachtet, in dem letztern Falle hingegen können sie ein gültiges Darlehn geben [91]). Allein da sich dieser Unterschied darauf bezieht, daß Minderjährige nach

88) *L. 2. §. 4. D. h. t.* HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1866.

89) *L. 2. Cod. per quas personas. L. 26. D. h. t.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 7.

90) *Paraphr. graec.* ad Lib. II. Tit. 8. §. 2.

91) *L. 3. Cod. de in integr. restit. minor.* S. ab IDSINGA Diss. de mutuo Cap. V. §. 9.

nach dem Römischen Recht keinen Curator wider ihren Willen erhielten [92]), welches aber nach den deutschen Reichsgesetzen [93]) abgeändert ist, so fällt dieser Unterschied heut zu Tage weg, und es gilt also hier eben das, was vom Darlehn bey den Unmündigen bemerkt worden ist [94]).

3) Gerichtlich erklärte Verschwender. (*Prodigi*) [95]).

4) Wahnsinnige [96]).

Eben so wenig kann Jemand

II. fremde Gelder ohne Einwilligung des Eigenthümers zum Darlehn geben [97]). Auch nicht einmal ein Socius kann gemeinschaftliche Gelder ohne Einwilligung der übrigen Mittheilhaber wegleihen. Das Darlehn ist nur in Ansehung seines Antheils gültig. Denn Cajus sagt *L.* 68. *pr. D. pro socio*: Nemo ex sociis plus *parte sua* potest alienare, etsi totorum bonorum socii sint. Vorzüglich aber gehören hierher folgende Stellen.

L. 13. §. 2. *D. de reb. credit.* Nam et si communes tibi nummos credidero centum, posse me quinquaginta condicere, *libro octavo Quaestionum* PAPINIANUS scribit: etiamsi singula corpora communia fuerint. *L.* 16.

92) §. 2. *I. de curator.*

93) Reichsabsch. vom J. 1548. u. 1577. Tit. 32.

94) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 14. nr. 3.

95) *L.* 6. *D. de Verbor. obligat.* S. Fried. Hoppe Versuch, die Lehre von juridischen Verschwendern syst. u. critisch zu bearbeiten. Giessen u. Darmstadt. 1803. §. 8.

96) *L.* 12. *D. h. t. L.* 24. *D. de obligat. et action.* S. *Em.* MERILLII Commentar. ad L. 12. D. h. t. (bey OTTO Tom. III. pag. 668.)

97) *L.* 13. *pr. et* §. 1. *D. h. t.*

L. 16. D. eodem. Si socius propriam pecuniam mutuam dedit, omnimodo creditam pecuniam facit, licet caeteri dissenserint. Quodsi *communem* numeravit, non alias creditam efficit, nisi caeteri quoque consentiant: *quia suae partis tantum alienationem habuit*[98]).

L. 94. §. 1. D. de Solutionib. Sin autem *communes nummos credam*, aut solvam: confestim *pro parte mea* nascetur et actio et liberatio: sive in singulis nummis communionem pro indiviso quis esse intelligat, sive in pecunia non corpora cogitet, sed quantitatem.

Ist nun dennoch ein Darlehn in einem solchen Falle gegeben worden, wo der Darleiher nicht zur Veräußerung befugt war; so ist zwar der Contract an sich nichtig, und das Eigenthum wird daher durch die Uebergabe auf den Empfänger nicht übertragen. Es kann indessen das Geschäft noch in der Folge durch Consumtion oder Verjährung gültig, und hierdurch die actio mutui wider den Empfänger begründet werden. Da jedoch nicht alle Rechtsgelehrten hierin einverstanden sind, so ist es nöthig, zuvörderst die Gesetze selbst hierüber zu vergleichen.

§. 2. *I. Quib. alienare licet.* Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam, rem ullam sine tu-

 toris

98) *Em.* MERILLIUS Observat. Lib. VII. c. 21. untersucht hier ausführlich, ob diese *L. 16.* von einer societate omnium bonorum, oder nur partis bonorum zu verstehen sey. Er selbst ist geneigter, das Erstere zu behaupten, obwohl das letztere anzunehmen, dem Wortverstande viel angemessener ist. Wir können aber diese Frage hier ganz bey Seite gesetzt seyn lassen, weil darauf schlechterdings nichts ankommt. S. *van* IDSINGA Diss. cit. Cap. V. §. 1.

toris auctoritate alienare posse. Ideoque si mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, *non contrahit obligationem*, quia pecuniam non facit accipientis; ideoque *vindicari* nummi possunt, sicubi extant. Sed si nummi, quos mutuo minor dederit, ab eo, qui accepit, bona fide consumti sunt, *condici* possunt: si mala fide, *ad exhibendum* de his agi potest.

L. 11. §. 2. *D. de reb. cred.* Si fugitivus servus nummos tibi crediderit, an condicere tibi dominus possit, quaeritur? Et quidem si servus meus, cui concessa est peculii administratio, crediderit tibi, erit mutua. Fugitivus autem, vel alius servus contra voluntatem domini credendo, *non facit accipientis.* Quid ergo? *Vindicari* nummi possunt, si extant; aut si dolo malo desinant possideri, *ad exhibendum agi.* Quodsi sine dolo malo consumsisti, *condici* tibi poterunt.

L. 12. *D. eodem.* Si a furioso, cum eum compotem mentis esse putares, pecuniam quasi mutuam acceperis, eaque in rem tuam versa fuerit, *condictionem* furioso adquiri, IULIANUS ait: nam ex quibus causis ignorantibus nobis actiones adquiruntur, ex iisdem etiam furioso adquiri. Item si is, qui servo crediderat, furere coeperit, deinde servus in rem domini id verterit: *condici* furiosi nomine posse. Et si *alienam pecuniam* credendi causa quis dederit, deinde furere coeperit, et *consumta* sit ea pecunia, *condictionem* furioso adquiri.

L. 13. *pr. et* §. 1. *D. eodem.* Nam et si fur nummos tibi credendi animo dedit, accipientis non facit: sed *consumtis eis, nascitur condictio.* Unde PAPINIANUS *libro*

bro octavo Quaestionum ait: Si alienos nummos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris, *quam eos consumseris*. Quod si per partes eos consumseris, an per partes tibi condicam, quaerit? Et ait, condicturum, si admonitus alienos nummos fuisse, ideo per partem condico, quia nondum totos consumtos compereram.

L. 19. §. 1. *D. eodem.* Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit, aut solvendi causa dederit, *consumta pecunia condictionem habet*, vel liberatur: *non alia ratione, quam quod facto eius intelligitur ad eum, qui acceperit, pervenisse.* Quapropter si eandem pecuniam is, qui in creditum vel in solutum acceperat, alii porro in creditum vel in solutum dederit, *consumta ea, et ipse pupillo obligatur*, vel eum a se liberabit; *et eum, qui dederit, obligatum habebit*, vel se ab eo liberabit. *Nam omnino, qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumta ea, habet obligatum eum, qui acceperit.*

Nach diesen Gesetzstellen sind also folgende Fälle zu unterscheiden.

1) Das Geld ist bey dem Empfänger noch in Natur vorhanden. Hier kann es von dem Eigenthümer, oder dessen Vorgesetzten vindicirt werden, und es ist hier gleichviel, der Empfänger sey in gutem oder bösen Glauben. Ist jedoch nach der Uebergabe durch Verjährung das Eigenthum auf den Empfänger übergegangen, so fällt auf Seiten des Eigenthümers jene Vindication weg, und dem Darleiher steht nun die actio mutui gegen den Schuldner zu [99]).

99) S. *Franc.* DUARENI Commentar. ad hunc. Tit. Pand. Cap. 2. in fin. (in *Operib.* pag. 881.) und THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 2. B. §. 887.

2) Das Geld ist consumirt, das heißt, es ist ausgegeben oder mit dem eigenen Gelde des Empfängers dergestalt vermischt worden, daß es nicht mehr davon unterschieden werden kann [100]). Hier ist wieder ein Unterschied zu machen.

a) Das Geld ist redlicher Weise von dem Empfänger consumirt. Hier kann es condicirt werden. So sagen alle die angeführten Gesetzstellen. Es fragt sich aber, was dies für eine condictio sey? Viele [1]) sagen, es sey die condictio sine causa, weil das Darlehn an sich ungültig ist. Andere [2]) nehmen hier eine eigne condictio de bona fide consumtis oder de bene depensis an. Allein es ist in der That keine andere Klage als die actio mutui. Denn die consumtio bonae fidei macht, daß nun die Bedingung der Klage, nämlich Erwerbung des Eigenthums ex causa mutui, vorhanden ist [3]). Dies lehrt uns

1) Theo-

100) *L. 78. D. de Solut.* Ueberhaupt heißen fungible Sachen consumirt, nicht nur wenn sie verzehrt, oder veräußert, sondern auch wenn sie so mit den eignen Sachen des Empfängers vermischt sind, daß sie nicht mehr davon unterschieden und abgesondert werden können, oder auch so verändert sind, daß man sie nicht mehr in die alte Form zurückbringen kann. S. *Arn.* VINNII Commentar. ad §. 2. I. Quib. alienare licet. nr. 2.

1) *Ger.* NOODT in Commentar. ad Dig. h. t. pag. 273. *Conr.* RITTERSHUSIUS in Comm. ad §. 2. I. Quib. alien. lic. p. 218. *Hub.* GIPHANIUS Comm. ad §. 2. I. Quib. alien. licet. Höpfner im Commentar §. 767. HOFACKER Princ. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1866. not. e. u. a. m.

2) S. PÜTTMANN Adversar. iur. univ. Lib. II. c. 4. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Lib. XIV. Tit. 6. Qu. 13. not. 4.

3) S. den 8. Th. dieses Commentars 1. Abthl. §. 578. S. 93.

1) Theophilus, welcher in seiner griechischen Paraphrase ad §. 2. I. Quibus alienare licet sagt: *εἰ δὲ ἀνηλώθησαν* bona fide, *τουτέστι τοῦ δανεισαμένου νομίσαντος ἔφηβον εἶναι τὸν δανείσαντα, τότε ἡ* in rem *κινεῖσθαι οὐ δύναται, οὐδὲ γὰρ φαίνονται οἱ νοῦμμοι· οὔτε μὴν* ad exhibendum, *ἐπεὶ οὐδὲ κρύπτονται οἱ νοῦμμοι, οὐδὲ μὴν* mala fide *δεδαπάνηνται· τί ἂν γενήσεται, ἵνα μὴ τὸ ὑπὲρ τοῦ πουπίλλου εἰσενεχθὲν νόμιμον εὑρεθῇ τρεπόμενον εἰς βλάβην αὐτῷ, καθ' ὃ οὐδεμία αὐτῷ παρέχεται ἀγωγὴ ἐκ τῶν νομίμων κανόνων; λοιπὸν δοθήσεται αὐτῷ ὁ κονδικτίτιος. καὶ ὅπερ οὐκ ἐποίησεν ἡ τῶν χρημάτων ἀπαρίθμησις, τουτέστι τὸ συστῆναι τὸ δάνεισμα, καὶ γενέσθαι τὸν δανεισάμενον ὑπεύθυνον τῷ κονδικτιτίῳ, τοῦτο ποιεῖ ἡ* bonae fidei *δαπάνη. τίκτεται γὰρ κἀνταῦθα ὁ κονδικτίτιος.* i. e. Quod si *bona fide* consumti sint, id est, putante eo, qui accepit, puberem esse, qui dedit, tunc in rem actio moveri nequit, neque enim exstant nummi; neque ad exhibendum, quia neque occultantur nummi, neque mala fide consumti sunt. Quid igitur fiet, ut ne ius pro pupillo introductum inveniatur conversum in eius damnum, quando ei nulla datur actio ex regulis iuris? *Reliquum est, ut ei detur condictio: et quod pecuniae numeratio non effecit, id est, ut mutui datio consisteret, atque accipiens teneretur condictione, id efficiat bonae fidei consumtio, nascitur enim et inde condictio.* Ein neuer Beweis, wie wichtig die griechische Institutionen-Paraphrase des Theophilus für die Erklärung des Justinianeischen Rechts ist [4]).

4) S. *Phil. Bernh.* DEGEN Bemerkungen über das Zeitalter und die Institutionen Paraphrase des griechischen Rechtslehrers Theophilus. *Lüneburg 1809.* 8. 5. Abschn. S. 47. ff.

2) Daß beym Darlehn die bonae fidei consumtio einer gültigen Numeration gleichgeachtet wird, beweisen folgende Gesetzstellen.

L. 15. *D. de rebus dubiis.* Quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex postfacto retroducitur, et apparet, quid actum est. Ut ecce si res legata fuerit, et deliberante legatario eam rem heres alii tradiderit: nam si quidem voluerit legatarius habere legatum, traditio nulla est; si vero repudiaverit, valet. Tantundem est, et si pecuniam hereditariam legatam crediderit heres: nam si quidem non repudiaverit legatarius, *alienam pecuniam credidit*: Si vero repudiaverit, *suam pecuniam* credidisse videtur. Quid ergo, si *consumta* fuerit pecunia? *utique idem erit ex eventu dicendum.*

L. 56. §. 2. *D. de fideiussor.* Si nummos alienos, quasi tuos, mutuos dederis sine stipulatione, nec fideiussorem teneri POMPONIUS ait. Quid ergo, *si consumtis nummis nascatur condictio?* Puto *fideiussorem obligatum fore:* in omnem enim causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione nasci potest.

In beyden Stellen leuchtet der Satz deutlich in die Augen, daß das an sich ungültige Darlehn durch die Consumtion des Geldes convalescire. Noodt meint zwar, es widerstreite die Regel: *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*, welche Paulus *L.* 29. *D. de Reg. iuris* lehrt. Allein diese kann hier keine Anwendung finden. Zwar ist sie freylich nicht blos auf letzte Willensverordnungen zu beschränken. Denn Paulus handelt *Libro* 8. *ad Sabinum*, woraus die *L.* 29. *cit.* genommen ist, nicht von Testamenten, sondern von Tutelen.

Dies

Dies beweisen alle aus diesem Buche in die Pandecten aufgenommenen Fragmente [5]). Sie findet auch selbst bey Contracten Statt [6]). Aber doch nur bey Verbalcontracten, in welchen blos auf den Zustand zur Zeit des geschlossenen Geschäfts gesehen wird [7]). Daß nun aber dies beym Darlehnscontract ganz und gar nicht der Fall sey, erhellet

3) daraus, weil in der oben angeführten *L.* 19. §. 1. *D. h. t.* der Grund, warum die Condiction gegen den Empfänger gestattet wird, ausdrücklich darin gesetzt wird, quod facto eius intelligitur ad eum, qui acceperit, pervenisse. Dies kann doch wohl offenbar nichts anders heißen, als, weil durch das Factum der Consumtion das Eigenthum der Sache nun im rechtlichen Verstande auf den Empfänger übergegangen ist. Folglich kann ja die Klage nicht die condictio sine causa, sondern es muß die condictio mutui seyn. Hierin stimmen auch die meisten Rechtsgelehrten [8]) überein. Dem Eigenthümer selbst steht daher

in

5) *L.* 4. *L.* 17. *D. de tutel. L.* 3. *D. de auct. et consf. tutor. L.* 2. *et* 4. *D. de tutelae et rationib. distrab. L.* 27. *D. de contrab. emt.* S. *Abr.* WIELING Iurisprud. restituta. Tom. I. pag. 200.

6) S. *Ios.* AVERANIUS Interpretation. iuris. Lib. IV. cap. 21. nr. 10. et cap. 22.

7) §. 2. *I. de inutilib. stipulat. L.* 83. §. 5. *L.* 137. §. 6. *D. de verb. obligat.* Man vergleiche hier vorzüglich *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. in Tit. Pand. de diverf. Regulis iuris. ad L. 29. cit. pag. 169. sqq.

8) *Iac.* CUJACIUS Obfervat. Lib. XIII. cap. 28. *Franc.* DUARENUS Commentar. ad hunc Tit. Pand. Cap. 2. (*Oper.* pag. 880.) *Io.* GOEDDAEUS Commentar. de rebus credit. Cap. III. Conclus. I. pag. 226. sqq. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 5.

Io.

in dieſem Falle anders keine Klage gegen den Conſumenten zu, als wenn er ſich ſolche von dem Darleiher cediren läßt [9]).

b) Der Empfänger hat das Geld *mala fide* conſumirt. Hier hat die *actio ad exhibendum* gegen ihn Statt, welche zugleich auf Leiſtung alles durch den Eid des Klägers auszumittelnden Intereſſe gerichtet werden kann [10]). Theophilus hat in ſeiner griechiſchen Paraphraſe über den §. 2. *I. Quib. alien. licet* noch Folgendes zur Erläuterung hinzugefügt. Er ſagt nämlich: εἰ δὲ ὁ λαβὼν mala fide ἐδαπάνησεν αὐτὰς, τετέστιν εἰδὼς ὅτι πτωχός ἐστιν ὁ δανείσας, κατασχεθήσεται τῇ ad exhibendum. ΕΦ' ὧν γὰρ φανομένων κινεῖται ἡ in rem, ἐπὶ τούτων κρυπτομένων ἢ mala fide δαπανηθέντων χώρα τῇ ad exhibendum. i. e. *Si vero accipiens mala fide eas conſumſit, id eſt, ſciens pupillum eſſe, qui mutuos dedit, tenebitur ad exhibendum actione. In quibus enim extantibus actio in rem movetur, in iis occultatis aut mala fide conſumtis locus eſt actioni ad exhibendum.*

Noch

Io. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 8. *Anton.* SCHULTING Theſ. controverſar. Decad. XXXV. Th. 9. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 14. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris ſec. ord. Pandect. h. t. §. 23. *van* IDSINGA Diſſ. de mutuo. Cap. V. §. 8. *Franc.* BROEUS Expoſition. in Inſtitut. Lib. II. Tit. 8. §. 2. pag. 312. *Claud.* CANTIUNCULA Paraphraſ. in tres priores Inſtitut. libros Lib. II. Tit. 8. pag. 322. *Joſ.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. III. cap. 12. nr. 5. POTHIER Pandect. Juſtin. Tom. I. h. t. Nr. XV. note. THIBAUT Syſt. des P. R. 2. B. §. 887. u. a. m.

9) *L.* 2. *Cod. Si certum petat.* HUBER Praelect. h. t. §. 5.

10) S. den 11. Theil dieſes Commentars §. 741. S. 188. und §. 744. S. 236.

Noch ist die Frage zu berühren, welche Julian *L.* 20. *D. de reb. credit.* entscheidet, nämlich ob ein gültiges Darlehn contrahirt werde, wenn ich dem Andern das Geld, was er mir creditirt hat, vorher mit der Bedingung geschenkt hatte, daß er es mir wieder als ein Darlehn geben solle? Es kommt darauf an, ob er durch die Schenkung Eigenthümer des Geldes wurde, so daß er wieder das Eigenthum auf mich übertragen konnte? Julian sagt, nach der Subtilität, wenn man nämlich blos bey den Worten stehen bleibt, und schikaniren will, könnte man Einem vorspiegeln, das Geschäft sey weder eine Schenkung noch Darlehn. Keine Schenkung, weil das Geld nicht in der Absicht gegeben worden ist, daß es dem Empfänger auf immer verbleiben solle. *Nummi enim non alienantur, qui sic dantur, ut recipiantur*, sagt selbst Ulpian[11]). Es scheint aber auch durch die Zurückgabe des Geldes kein Darlehn contrahirt zu werden, weil der Beschenkte sich hierdurch mehr einer übernommenen Verbindlichkeit zu entledigen sucht, als daß er den Donator dadurch verbindlich machen sollte, weil letzterer nichts, als das Seinige, zurück erhält. Allein diese Subtilität bey Seite gesetzt, mit welcher jedoch einige Römische Juristen schikanirt haben mögen, wie sich aus Marcells Aeußerung *L.* 67. *D. de Solut.* nicht undeutlich schließen läßt, folgt Julian der Billigkeit, und erklärt beydes die Schenkung, und das in Gemäßheit derselben gegebene Darlehn für gültig. Julians Worte lauten folgendermaßen.

Si tibi pecuniam donassem, *ut tu mihi eandem crederes*, an credita fieret? Dixi, in huiusmodi propositionibus

11) *L.* 55. *D. de Solut.*

nibus non propriis verbis nos uti: nam talem contractum neque donationem esse, neque pecuniam creditam. Donationem non esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret. Creditam non esse, quia exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi. Igitur si is, qui pecuniam hac conditione accepit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit, non fore creditam: magis enim meum accepisse intelligi debeo. Sed haec intelligenda sunt propter subtilitatem verborum: *benignius tamen est, utrumque valere.*

Anton Faber [12]) will zwar diese Stelle so verstehen, als ob wirklich Julian der Meinung gewesen, daß in dem hier vorgetragenen Falle das Darlehn sowohl, als die gemachte Schenkung ungültig sey. Er glaubt daher, die letzten Worte: *Sed haec intelligenda sunt* etc. wären vom Tribonian, oder einem andern unwissenden Ausleger hinzugefügt worden, um diese Stelle mit *L.* 33. §. 1. *D. de donat.* zu vereinigen, wo Hermogenian sagt:

Ea lege donationis causa pecunia Titio numerata, ut statim donatori mutuo detur, *non impeditur dominii translatio*; ac propterea iisdem nummis donatori creditis, novum dominium in his quaeritur.

Ihm stimmt auch Ulrich Huber [13]) bey. Allein van Idsinga [14]), Anton Schulting [15]) und Pothier

12) Rational. in Pandect. ad L. 20. h. t.

13) Eunom. Roman. ad L. 20. D. h. t. pag. 474.

14) Diss. de mutuo. Cap. V. §. 6.

15) Thesium controversar. Decad. XXXV. Th. 10.

er[16]) haben diese Meinung mit Grund verworfen. Es ist schon darum gar nicht wahrscheinlich, vom Julian zu behaupten, daß er der Subtilität den Vorzug vor der Billigkeit eingeräumt haben sollte, da er sich zur Secte der Sabinianer bekannte, deren Hauptgrundsatz war, in zweifelhaften Fällen die Billigkeit dem strengen Rechte vorzuziehen. Die unbedeutenden Zweifelsgründe sind von Hubert Giphanius[17]) und Joseph Finestres[18]) umständlich widerlegt worden. Ich bemerke nur noch, daß auch die Basiliken[19]) die richtige Erklärung bestärken, in welchen die *L.* 20. *h. t.* folgendermaßen ausgedruckt ist: Ἐὰν δωρήσωμαί σοι νομίσματα ἐπὶ τῷ δανεῖσαί μοι, ταῦτα καὶ δανείσῃς, οὐδέτερον πρὸς ἀκρίβειαν, ἀλλὰ φιλαγάθως ἑκάτερον ἔρρωται. i. e. *Si tibi numnos ea lege donavero, ut tu mihi eosdem crederes, et credideris, neutrum secundum strictam rationem valet, sed secundum benignitatem utrumque.*

§. 782.

Wer kann ein Darlehn gültig aufnehmen?

Wer ein Darlehn gültig aufnehmen will, muß nicht nur überhaupt fähig seyn, sich durch Vertrag zu verpflichten, sondern er darf auch nicht in dem Falle sich befinden, wo ihm die Gesetze die Uebernehmung einer Verpflichtung durch ein Darlehn untersagen. Hieraus folgt,

1) das

16) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XVIII. not. k.

17) Lecturae Altorphin. ad L. 33. D. de donation. nr. 10. sqq. pag. 164.

18) Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. Libros VI. ad L. 33. §. 1. D. de donat. pag. 910. sqq.

19) Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. Const. 20. pag. 226.

1) daß Wahnsinnige, gerichtlich erklärte Verschwender und Pupillen ohne Einwilligung ihrer Vormünder kein gültiges Darlehn aufnehmen können. Es entsteht daraus nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit, die sie für ihre Person treffen könnte, außer insofern der Darleiher zu beweisen vermöchte, daß sie dadurch bereichert worden sind[20]). *L.* 59. *D. de obligat. et action.* sagt: Pupillus mutuam pecuniam accipiendo, *ne quidem iure naturali obligatur.* Und in der *L.* 13. §. 1. *D. de condict. indeb.* heißt es: Item quod pupillus *sine tutoris auctoritate* mutuum accepit, *et locupletior factus est*, si pubes factus solvat, non repetit. Nam hoc natura aequum est, fügt *L.* 14. *D. eodem* noch hinzu, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. Daß auch Wahnsinnige und Pupillen hierin gleiche Rechte haben, lehrt *L.* 46. *D. de obligat. et actionib.* Furiosus et pupillus, *ubi ex re actio venit*, obligantur, etiam sine curatore, vel tutoris auctoritate. Von einem gerichtlich erklärten Verschwender sagt endlich Ulpian *L.* 6. *D. de Verbor. obligat.* im Allgemeinen; Is, cui bonis interdictum est, *non potest promittendo* obligari. In Ansehung der Minderjährigen ist nach dem Röm. Recht ein Unterschied zu machen, ob sie unter der Curatel stehen, oder nicht. Im ersten Falle gilt hier eben das, was von Unmündigen und Verschwendern gesagt worden ist; in dem andern Falle hingegen kann zwar ein Minderjähriger durch Darlehn sich verpflichten; wenn er

20) S. *Franc.* DUARENUS Commentar. ad h. Tit. Pand. Cap. 3. *Oper.* pag. 881. *Hub.* GIPHANIUS in Lectur. Altorphin. ad L. 46. D. de obligat. et actionib. *ab* IDSINGA Diss. de mutuo. Cap. V. §. 7. 9. 10. et 11. und Frid. Hoppe Lehre von jurid. Verschwendern §. 8. S. 58.

er jedoch beweisen kann, daß er keinen Nutzen davon gehabt habe; so kann er sich dagegen in integrum restituiren lassen[21]). Dieser Unterschied fällt aber heut zu Tage weg, weil es nicht mehr von der Willkühr der Minderjährigen abhängt, ob sie einen Curator haben wollen, oder nicht[22]).

2) Niemand wird in der Regel durch ein von einem Dritten aufgenommenes Darlehn verbindlich, außer in den Fällen, wo überhaupt Jemand durch fremde Handlungen verbindlich gemacht wird[23]). Aus diesem Grunde wird also

a) eine Societät durch das von einem Mitgliede derselben für sie aufgenommene Darlehn anders nicht verbindlich, als wenn er entweder von der ganzen Gesellschaft die Vollmacht, für sie zu contrahiren, erhalten hatte, in welchem Falle sodann die Gesellschaft, ohne weitern Beweis einer Version, verbunden ist[24]), oder das Anlehn in der Folge von der ganzen Gesellschaft ausdrücklich oder stillschweigend, z. B. durch Bezahlung der Zinsen aus der gemeinschaftlichen Casse, genehmiget worden ist[25]), oder der

21) *L. 43. D. de obligat. et act. L. 3. Cod. de integrum restitut. minor. L. 1. et 2. Cod. Si adversus creditor.* LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 19. u. *ab* IDSINGA cit. Diss. Cap. V. §. 9.

22) S. Webers Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 72. und §. 73.

23) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 315.

24) S. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diss. de sociorum obligatione, quae oritur ex conventione cum extraneis inita. *Tüb. 1668.* §. 22.

25) Gmelin von Aufsätzen über Verträge. §. 106. S. 229.

der Gläubiger beweisen kann, daß das Geld zum gemeinschaftlichen Nutzen der Gesellschaft verwendet worden sey[26]). Eben dies gilt auch

b) von Personengemeinheiten. Wenn nämlich eine Gemeinheit oder Korporation, z. B. eine Stadt, Kirche oder Academie aus einem Darlehn verbunden werden soll, so wird dazu erfordert, daß entweder die Gemeinheit in der nach dem gemeinem Recht erforderlichen, oder durch Observanz hergebrachten Form ihre Einwilligung gegeben habe, oder die Verwendung des entlehnten Geldes zu derselben Nutzen vom Gläubiger erwiesen werden kann[27]). Es sind also hier zwey Fälle zu erörtern.

1) Die Gemeinde hat in die Aufnahme des Anlehns auf eine gesetzmäßige Art consentirt. Um dieses richtig zu beurtheilen, ist vor allen Dingen darauf zu sehen,

α) ob die Gemeinheit ihre gewissen Repräsentanten hat, welche, vermöge einer immerwährenden Vollmacht, Etwas im Namen der ganzen Gemeinde zu verfügen berechtiget sind. Dergleichen sind z. B. in den Städten die Viertelsmeister, und der Ausschuß der Bürgerschaft, in den Dörfern

26) *L. 82. D. pro Socio.* Iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, *nisi in communem arcam pecuniae versae sunt.* S. LAUTERBACH cit. Diss. §. 45.

27) S. *Io. Volkm.* BECHMANN Disput. de civitatis ex mutuo obligatione. *Ienae 1677. Sam.* STRYK Disput. de civitate obaerata. *Francof. ad Viad. 1683. Iac.* BORN Exercitat. de condictione certi ex mutuo de in rem verso ex contractu administratorum contra civitatem competente. *Lipsiae 1676.* und *Rud. Christ.* HENNE Progr. de mutuo a collegiis et corporibus contracto. *Erfordiae 1774.*

ren die Gemeindevorsteher oder Aeltesten. Hier ist die Einwilligung der Repräsentanten allein hinreichend, und es wird kein weiterer Beweis einer nützlichen Verwendung erfordert [28]).

β) Die Gemeinheit hat keine solche Repräsentanten. In diesem Falle muß die Einwilligung von der Gemeinheit selbst durch einen dieserhalb auf eine legale Art abzufassenden Beschluß ertheilt werden. Es ist daher zwar nicht nöthig, daß alle und jede einzelne Mitglieder der Gemeinde einwilligen; allein es müssen doch

aa) alle und jede Mitglieder nach der bey jedem Collegium hergebrachten Weise zusammenberufen, und um ihre Einwilligung befragt werden;

bb) wenigstens zwey Drittheile derselben ihre Stimmen geben, und

cc) von diesen zwey Dritteln die größere Anzahl einwilligen [29]).

Ist dieses gehörig beobachtet worden, so ist die Gemeinheit durch ihre Einwilligung verbunden, und der Darleiher hat nicht nöthig, die Verwendung des Geldes zu der-

28) S. STRYK de cautelis contract. Sect. II. cap. I. §. 5. RICHTER Decis. LXXI. nr. 3. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXXI. medit. 3. Georg Ludw. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 2. Abth. Decis. 218. und *Io. Ad. Th.* KIND Quaestion. forens. Tom. III. Cap. 63.

29) STRYK Diss. cit. de civitate obaerata Cap. I. nr. 74—86. und Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 118. S. 255.

derſelben Nutzen zu beweiſen [30]). Es kann indeſſen der Gemeinheit die Wohlthat der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nicht verſagt werden, wenn ſie beweiſen kann, daß das Geld zu ihrem Nutzen nicht verwendet worden ſey [31]).

2) Die Einwilligung iſt in dieſer Form nicht ertheilt, ſondern das Darlehn blos von ihrem Verwalter oder einzelnen dazu nicht beſonders bevollmächtiget geweſenen Mitgliedern aufgenommen worden. Hier ſind allein die Aufnehmer des Darlehns, welche die Schuldverſchreibung ausgeſtellet haben, verbindlich. Die Gemeinheit ſelbſt aber kann anders nicht belangt werden, als wenn ſie entweder noch in der Folge die Geldaufnahme gebilliget hat, oder die Verwendung des Geldes zu derſelben Nutzen vom Kläger bewieſen werden kann [32]). Es gehören vorzüglich hierher folgende Geſetzſtellen.

L. 27. *D. h. t.* Civitas mutui datione obligari poteſt, *ſi ad utilitatem eius pecuniae verſae ſunt:* alioquin ipſi ſoli, qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur.

Novell.

30) STRYK de cautel. contract. c. 1. §. 4. *Idem* in Uſ. mod. Pand. h. t. §. 27. CARPZOV P. II. Conſtit. VI. Definit. 18. nr. 11. MÜLLER ad *Struvium* Exercitat. XVI. Th. 18. not. *d.* BECHMANN Diſſ. cit. de civitatis ex mutuo obligat. P. II. Cap. 1. nr. 1. ſqq. Gmelin a. a. O. §. 118. und HENNE cit. Progr. §. 3.

31) *L.* 3. *Cod. de iure reipubl.* HENNE Progr. cit. §. 6. und *Hartm.* PISTORIS Quaeſt. Iuris Lib. I. Quaeſt. 37. nr. 56. ſq.

32) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 33. ſq. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 18. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXXI. medit. 6.

Novell. CXX. Cap. 6. §. ult. Si episcopus aliquis, vel Oeconomus, vel Administrator cuiuscunque venerabilis domus, sive in hac regia urbe, sive in provinciis sitae, mutuam pecuniam acceperit, vel postea accepturus sit: iubemus, ne illi sacrae domui eam imputent, *nisi prius eas in utilitatem dictae sacrae domus versam esse ostenderint*: neque ipse *creditor*, vel *heredes eius* contra venerabilem domum eius nomine ullam actionem habeant, *nisi in causas ad venerabilem domum pertinentes pecuniam illam versam esse ostenderint:* sed actiones suas contra eum, qui mutuam pecuniam accepit, eiusque heredes moveant.

Der Gläubiger kann zum Behuf der ihm obliegenden Beweisführung diejenigen, welche das Darlehn für die Gemeinheit aufgenommen, und ihm die Schuldverschreibung ausgestellt haben, zur Vertretung auffordern, daß sie ihm bey diesem Beweise der Verwendung wider die Gemeinheit beystehen [33]). Er ist auch befugt, die Vorlegung der Gemeinheits-Rechnungen zu verlangen [34]). Keinesweges aber ist das bloße in der Schuldverschreibung enthaltene Geständniß des Ausstellers über die geschehene nützliche Verwendung zum Beweis derselben hinreichend, wofern nicht noch andere Gründe und Vermuthungen hinzutreten, welche allenfalls dem Erfüllungseide Raum geben können [35]).

33) S. Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 118. S. 257. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 11. pag. 415.

34) *de* CRAMER Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 116.

35) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 70. et 74. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXXI. medit. 9. et 10.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß wenn auch eine Gemeinheit aus dem Darlehn wirklich verpflichtet ist, die Wiederbezahlung desselben doch nur aus dem Vermögen der Gemeinheit, als moralische Person betrachtet, gefordert werden kann [36]). Die einzelnen Mitglieder derselben haften daher mit ihrem Vermögen dafür nicht, wofern nicht entweder nachgewiesen werden kann, daß das von der Gemeinde aufgenommene Geld zum Vortheil einzelner verwendet worden sey [37]), oder die einzelnen Mitglieder der Gemeinde sich auf den Fall, da die Gemeindegüter nicht zureichen sollten, zur Bezahlung besonders verpflichtet hätten [38]).

c) Ganz anders verhält sich die Sache, wenn ein Vormund, als solcher, für seinen Pupillen oder Curanden eine Anleihe aufgenommen hat, und der Mündel daraus belangt wird. Hier ist das Darlehn an sich nach dem strengen Recht gültig, und daher die Klage durch die Handlung des Vormundes selbst schon hinlänglich begründet [39]). Nam factum tutoris legitime gestum censetur esse factum pu-

36) *L. 7. §. 1. D. Quod cuiusque universitat. nomine. L. 6. §. 1. D. de divis. rer.* CARPZOV Iurispr. for. P. II. Constit. 6. Def. 24. WERNHER Observat. for. Tom. I. Part. V. Obs. 11. LEYSER Specim. CXXXI. medit. 4. et 5.

37) WERNHER cit. loc. nr. 8.

38) WERNHER c. l. nr. 7. Gmelin a. a. O. S. 259.

39) Nach der Subtilität des Röm. Rechts ist jedoch die Klage nur eine actio utilis. S. Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 205. und Weber zu Höpfner Not. 2. S. 232.

pupilli [40]). Schützt daher der gewesene Pupill vor, daß das Geld nicht in seine Angelegenheiten verwendet worden sey, so muß er den Beweis übernehmen. Denn gegen einen nach dem strengen Recht gültigen Handel kann nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden. Hier muß aber der Minderjährige immer den Beweis der Läsion übernehmen [41]). Es kann auch dieser Beweis dem Minderjährigen gar nicht schwer fallen, da die Vormundschaftsrechnungen es ergeben müssen, in wiefern die Ausgaben des Pupillen, von seinem übrigen Vermögen ohne die Anleihe zu bestreiten waren oder nicht. So lehren Hommel [42]) und Weber [43]), und, wie ich glaube, nach theoretischen Gründen ganz richtig. Dennoch behaupten viele Rechtsgelehrten [44]), daß der Gläubiger, wenn er auch mit dem Vormunde als Vormund contrahirt hätte, dennoch die wirkliche zum Besten des Pupillen geschehene Verwendung des Geldes beweisen müßte. Man beruft

40) Arg. §. 9. *I. de inutil. stipulat. et L. 5. D. de reg. iur.* Es hat auch kein Gesetz die Gültigkeit einer solchen Anleihe von der Zustimmung der Obrigkeit abhängig gemacht, obgleich in HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1867. das Gegentheil angenommen wird.

41) *L. 5. Cod. de restitut. in integr. minor.*

42) Ad MENCKEN Introduct. in doctrin. de actionib. for. Not. 435. pag. 158.

43) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Kap. VI. Nr. II. S. 200. ff.

44) WERNHER Observation. for. Tom. II. Part. VI. Obs. 387. BOEHMER Doctrina de actionib. Sect. II. cap. VIII. §. 4. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 12. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 467. in fin.

sich deswegen vorzüglich auf die *L.* 3. *Cod. Quando ex facto tutor.* in welchem es heißt:

Si in rem minoris pecunia profecta sit, quae curatori, vel tutori eius nomine minoris mutuo data est, merito personalis in eundem minorem actio danda est.

Allein man muß hier nicht aus der Acht lassen, daß diese L. 3. ein kaiserliches Reskript ist, in welchem es nicht besonders auf die Frage ankam, wem der Beweis obliege, wenn der Minderjährige dem Kläger die Einrede entgegensetzt, daß das seinem Vormunde für ihn gelehene Geld nicht zu seinem Besten verwendet worden sey. Die Anfrage des Prudentianus, auf welche hier der Kaiser Gordian reskribirt, ging vielmehr dahin, ob ein Minderjähriger aus einem Darlehn, welches sein Vormund, als Vormund, zum Besten desselben aufgenommen hat, überhaupt belangt werden könne? Der Zweifelsgrund war, weil nach der Subtilität des römischen Rechts der Grundsatz angenommen war, daß Niemand durch einen freyen Menschen Rechte erwerben, noch weniger durch ihn zu irgend Etwas verbindlich gemacht werden könne [45]). Man glaubte daher, der Vormund könne, ohne Zuziehung des Mündels, wenn dieser kein Kind mehr ist, nicht allein für sich handeln [46]). Dabey konnte denn also die Frage, wem der Be-

45) *L.* 73. §. 4. *D. de Reg. iuris. L.* 11. *D. de obligat. et action. L.* 126. §. 1. *D. de verbor. obligat. L.* 1. *C. Per quas person.* Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 89. a. S. 370.

46) *L.* 37. §. 1. *D. ad SCtum Trebell. L.* 5. *C. de iure delib. L.* 5. *C. Quando ex facto tutor.* Leyser Meditat. ad Pand. Specim. CCCXXXIV. medit. 1.

Beweis der geschehenen Verwendung obliege, füglich bey Seite gesetzt bleiben, da denselben der Antrag des Supplikanten, insofern dieser den zum Besten des Minderjährigen geschehenen Gebrauch der Anleihe als ausgemacht oder unbestritten angab, ganz überflüßig machte [47]). Heutzutage kann die Richtigkeit unserer Behauptung noch wenigerem Zweifel unterworfen seyn, da unsere Vormünder gewöhnlich alle vormundschaftlichen Geschäfte selbst und ohne Zuziehung ihrer Pflegbefohlnen verrichten [48]). Mit Recht sagt daher Schilter [49]): Quum ratio iuris Romani cesset apud nos, et liber homo per liberum hominem acquirere et obligari utique possit, neque requiratur pupilli persona, sed tutor solus omnia recte expediat, consequens est, regulam iuris Romani a nobis receptam non fuisse, sed pupillum, etsi eius praesentia, vel consensus non intercedat, valide obligari regulariter, aeque ac iure Quiritium, si ipse pupillus negotium gerit, et tutor auctoritatem adiicit.

Endlich 3) können auch diejenigen kein gültiges Darlehn aufnehmen, welche sich zwar durch Verträge verbindlich machen können, denen aber die Gesetze in einem gewissen Falle und aus besondern Gründen Geld zu borgen untersagen. Bey den Römern gehörten dahin

47) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung a. a. O. Not. 53. S. 202.

48) S. Westphals Rechtsgutachten Lib. XXVI. Tit. 8. §. 1. S. 141. und Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 213.

49) Prax. iur. Rom. Exercit. XXXVII. §. 131.

a) die Praefides provinciarum, welche, so lange sie sich in der ihnen angewiesenen Provinz befanden, von den Einwohnern derselben kein Geld borgen durften; von andern, außer ihrer Provinz, Gelder aufzunehmen, war ihnen nicht verboten. So sind folgende Stellen mit einander zu vereinigen.

L. 16. *Cod. Si certum petatur.* Quisquis iudici foenebrem pecuniam mutuaverit, si in provincia fuerit versatus, quasi emtor legum atque provinciae, — exilii poena una cum ipso iudice plectetur.

L. 34. §. 1. *D. de reb. credit.* Praeses provinciae mutuam pecuniam foenebrem sumere non prohibetur.

Beyde Gesetze werden jedoch von den Rechtsgelehrten auf sehr verschiedene Art erklärt. Franz Connanus[50]) versteht sie so, ein Römischer Präses habe in der Provinz nur kein Geld ohne Zinsen aufnehmen dürfen, weil man ein unverzinsliches Darlehn als eine Art von Geschenk betrachtete, dergleichen den Gouverneurs verboten war. Gelder auf Zinsen aufzunehmen, sey ihm nicht verboten gewesen. Hingegen von Partheyen, die der richterlichen Hülfe benöthiget waren, habe er, so lange der Prozeß nicht entschieden war, gar kein Geld, weder mit noch ohne Zinsen, borgen dürfen, weil man dies als eine Art von Bestechung angesehen habe. Salmasius[51]) verwandelt das *versatus* in der *L.* 16. *cit.* in servatus, und versteht das Gesetz von einem solchen Falle, wo der Praeses provinciae sich durch Geldaufnahme eine Verlängerung der Administration der

50) Commentar. iuris civ. Tom. II. Lib. VII. Cap. 2. fol. 456. sq.
51) De usuris Lib. I. cap. 5.

der Provinz zu verschaffen gesucht hat; wodurch aber offenbar der Sinn des Gesetzes ganz entstellt wird. Franz Duarenus[52], Joh. Jacob Wissenbach[53] und Anton Schulting[54] nehmen auch als Regel an, dem Präses der Provinz sey es nicht verboten gewesen, Geld zu borgen; allein wer ihm Geld geliehen habe, in der Meinung, ihn durch diesen Geldvorschuß verbindlich zu machen, und nun durch denselben Alles nach seiner Willkühr durchsetzen zu können, sey mit dem Exilium bestraft worden. Dies sey der Sinn der *L.* 16. *Cod.* Allein die richtigste Erklärung scheint wohl die des Emund Merillius[55] zu seyn, welcher sagt: In dicta L. 16. prohiberi iudici foenebrem pecuniam dari ab eo, *qui in ea provincia versatur, quam iudex administrat;* ne ita, obaerato sibi Praeside, per eum leges, iura, atque Provinciam nundinetur. Non prohibetur foenebrem pecuniam dare iudici is, qui in provincia non versatur, sed is solum, qui in provincia versatur. Van Idsinga[56] hat zwar Verschiedenes gegen diese Erklärung einzuwenden gesucht, er setzt ihr besonders die Auctorität der Basiliken und des Harmenopulus entgegen. Allein Prins[57] hat die Merilliusische Erklärung vollkommen gerechtfertiget. Ob nun wohl die angeführten Gesetzstellen sich offenbar auf das Verhältniß beziehen, in welchem ein römischer Prä-

52) Commentar. ad h. Tit. Pand. Cap. 4.

53) Exercitat. ad L. Pand. Libros. Disputat. XXIV. Th. 15.

54) Thesium controversar. Decad. XXXVI. Th. 2.

55) Observation. Lib. I. cap. 30.

56) Disputat. de mutuo. Cap. VII. §. 7. sqq. Man sehe auch PÜTTMANNI Varia iur. civ. capita. Cap. 5.

57) Specim. de iis, quae sunt singularia in mutuo. Cap. IV. §. 2.

Präſes zu den Provinzialen ſtand, dergleichen heutiges Tages nicht mehr Statt finden kann; ſo ſtellen doch die meiſten Rechtsgelehrten [58]) mit Beziehung auf die *L.* 16. *C.* den Grundſatz auf, daß es keinem Richter erlaubt ſey, von den Partheyen Geld zu borgen, ſo lange der Proceß nicht entſchieden iſt.

b) Auch ſolchen Perſonen, die noch unter väterlicher Gewalt ſtehen, ſoll kein baares Geld ohne Einwilligung des Vaters geliehen werden. Das Senatusconſultum Macedonianum verſagt dem Gläubiger die Klage, und giebt dagegen eine Einrede, mit welcher ſich ſowohl der Vater als der Sohn, ja auch ſogar der Bürge gegen die Klage des Gläubigers ſchützen kann. Juſtinian ſagt §. 7. *I. Quod cum eo, qui in aliena poteſtate eſt.* Senatusconſultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dare eis, qui in poteſtate parentis ſunt: et ei, qui crediderit, denegatur actio tam adverſus ipſum filium, filiamve, nepotem neptemve, — quam adverſus patrem avumve. Quae ideo Senatus proſpexit, quia ſaepe onerati aere alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam conſumebant, vitae parentum inſidiabantur. Es wird davon Lib. XIV. Tit. 6. ausführlicher gehandelt werden.

c) Soldaten können zwar nach dem gemeinen Rechte gültige Darlehne aufnehmen, und es kommt in Anſehung derſelben nicht einmal darauf an, ob ſie noch unter väterlicher

58) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 11. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 7. PACIUS Εναντιοφανων ſ. Legum conciliatar. Centur. III. Qu. 75. HOPACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1867.

er Gewalt sind, oder nicht. Das Darlehn, was ein iusfamilias miles aufgenommen hat, ist gültig, der Vater mag seine Einwilligung dazu gegeben haben, oder nicht. r soll zur Wiederbezahlung desselben ohne Unterschied verbinden seyn, es sey ihm dargeliehen oder verwendet worden, zu welchem Zweck es wolle, theils weil überhaupt der iusfamilias, welcher Soldat ist, als homo sui iuris beachtet wird, theils weil bey jedem Soldaten vermuthet erden soll, daß das Geld zum Zweck der causae castrenis, das ist, zum Behuf der Kriegsbedürfnisse, aufgenommen, und verwandt sey. Es gehört hierher die merkwürge Verordnung des Kaisers Justinian *L.* 7. §. 1. *Cod. Senatusconf. Macedon.* wo es heißt: Sin autem miles iusfamilias pecuniam creditam acceperit, sive sine mandato, sive consensu, vel voluntate, vel ratihabitione patris, stare oportet contractum: nulla differena introducenda, ob quam causam pecuniae creditae, el ubi consumtae sint? In pluribus enim iuris articuilifamilias milites non absimiles videntur hominibus, qui sui iuris sunt: et ex praesumtione omnis iles non creditur in aliud quidquam pecuniam accire et expendere, nisi in causas castrenses[*]). Nur darin

[*]) Struben in den rechtlichen Bedenken 2. Th. Bed. 125. behauptet zwar, daß diese Vermuthung zu Friedenszeiten bey den meisten Soldaten keinen Platz finden werde, und daß daher die exceptio SCti Macedoniani Statt finde, wenn die geliehenen Gelder zur Anschaffung der Kriegsgeräthschaft wirklich nicht gebraucht seyn könnten. Denn die evidentia rei entkräfte die stärksten Vermuthungen. Allein daß diese restrictive Auslegung dem Geist des Gesetzes ganz entgegenstreite, hat THIBAUT in der

darin begünstigen die Gesetze Soldaten mehr, als andere Schuldner, daß der Gläubiger sich an seine Besoldung oder andere Diensteinkünfte nicht halten kann, solange noch anderes Vermögen vorhanden ist, woraus der Gläubiger seine Befriedigung erhalten kann [60]). Allein nach mehreren deutschen Provinzialgesetzen können Soldaten ohne Einwilligung des Chefs oder Commandeurs keine gültige Darlehne aufnehmen [61]). Endlich

d) können nach deutschen Rechten auch Frauenspersonen an den Orten, wo die Geschlechtscuratel eingeführt ist, nicht ohne Zuziehung und Einwilligung ihres Curators durch Darlehn sich verbindlich machen; so wie auch Ehefrauen, welche in einer allgemeinen Gütergemeinschaft leben, nicht ohne Einwilligung ihrer Ehemänner Schulden machen können, welche für die Gütergemeinschaft verbindlich sind [62]). Nach gemeinen Rechten hingegen können Frauens-

der Theorie der logischen Auslegung des Roem. Rechts. §. 25. S. 109. ff. sehr gründlich gezeigt. Auch die Praxis macht zwischen Kriegs- und Friedenszeiten keinen Unterschied. S. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CCLX. medit. 6., und Joh. Lud. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien 2. Band Nr. XXXVIII.

60) *L. 4. Cod. de execut. rei iudic.* S. *Io. Ad. Theoph.* KIND Quaestion. forens Tom. III. cap. 56.

61) Man sehe z. B. das Preuß. Landrecht 1. Th. 11. Tit. §. 678. ff. und das Churſächs. Mandat, die Abstellung des Schuldenmachens bey der Armee betreffend vom 5. Apr. 1783. u. a. m.

62) S. Benj. Fried. Pfizers Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bey einem Gantprozeß über das Vermögen ihrer Männer. 1. Th. §. 65. und 75. Danz Handbuch des heutigen

rauensperſonen, ſofern ſie ſich durch Vertrag verbindlich achen können, auch gültige Darlehne aufnehmen [63]). s kommt auch einer Frauensperſon der Regel nach der inwand nicht zu ſtatten, daß ſie das Geld nicht für ſich, idern für einen Andern entlehnt habe, ſofern ſie dieſes ht gleich Anfangs bey der Aufnahme des Darlehns dem äubiger ausdrücklich erklärt hat, und dieſer alſo gewußt , daß ſie eine fremde Schuldverbindlichkeit übernehme. nn in dieſem Falle kommt das Senatusconſultum Vel- inum zur Anwendung [64]). Folgende Geſetzſtellen ſetzen es außer Zweifel.

L. 11. *D. ad SCtum Vellejan.* Si mulier tanquam ıſus ſuos pecuniam acceperit; alii creditura, non locus Senatusconſulto: alioquin nemo cum feminis trahet, quia ignorari poteſt, quid acturae ſint.

L. 12. *D. eodem.* Immo tunc locus eſt Senatuscon- , cum ſcit creditor eam intercedere.

L. 2. *C. eodem.* Fruſtra Senatusconſulti exceptione, l de interceſſionibus feminarum factum eſt, uti ſti: quoniam principaliter ipſa debitrix fuiſti: enim Senatusconſulti exceptio tunc mulieri datur, principaliter ipſa nihil debet, ſed pro alio debi- apud creditorem eius interceſſit.

L. 13. *Cod. eodem.* Si foenebris pecunia iuxta fidem ı creditore tibi data eſt: ſive tota quantitas foe- noris,

eutſchen Privatrechts 6. Band §. 606. S. 413. und Joh. h. Neuß Theorie der Lehre von der ehelichen Gütergeſchaft (Düſſeldorf 1808.) §. 55.

ISER Meditat. ad Pand. Specim. CCCII. medit. 15.

Chriſtph. Lud. CRELL Diſſ. de mutuo foeminae, aliis creae, dato. *Vitembergae 1738.*

noris, sive pars eius in usum mariti processisse proponatur, decreto patrum non adjuvaris: licet creditor causam contractus non ignoravit.

Hat eine Frau mit ihrem Ehemann zugleich eine Schuldverschreibung ausgestellt, worinn beyde sich als Schuldner bekennen, so behaupten zwar viele Rechtsgelehrten [65]), daß die Frau anders nicht als Schuldnerin verbunden sey, als wenn der Gläubiger die Verwendung des dargeliehenen Geldes zum Nutzen der Ehefrau beweißt, weil man im Zweifel immer vermuthen müsse, daß der Ehemann der eigentliche Schuldner, die Frau aber nur als Bürgin beygetreten sey. Allein andere [66]) haben dagegen aus bessern Gründen gezeigt, daß vielmehr die Ehefrau im Zweifel zu ihrem Antheil hafte [67]). Ich werde dieses in Tit. ad SCtum Vellejanum noch näher zeigen. Hat hingegen die Ehe-

65) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6. Struben rechtliche Bedenken Th. 1. Bed. 76. Schmidts öffentliche Rechtssprüche Sect. II. Nr. 33. Meistets pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. I. Th. Nr. 10. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XVI. Tit. 1. Qu. 6. Archiv für die theoret. und pract. Rechtsgelehrsamkeit von Hagemann u. Günther. IV. Th. Nr. 10. Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 88. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4141. u. a. m.

66) I. H. BOEHMER in Diss. de efficaci mulierum intercessione Cap. III. §. 3. *Io. Ernst. Bern.* EMMINGHAUS in Diss. de femina, mutuum contrahente, beneficiorum muliebrium experte praes. *Car. Frid.* WALCHIO def. Ienae 1778. und *Idem ad Coccejum* c. l. Qu. 6. not. i. Webers Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. St. Nr. 2. Not. 3. a. E. S. 20. und THIBAUT Syst. des Pand. Rechts II. B. §. 946. a. E.

67) *L. 17. L. 27. D. ad SCtum Vellejan.*

jefrau die Schuldverschreibung allein und in ihrem Namen sgestellt, und der Ehemann hat sie blos unterschrieben, ist sie als Hauptschuldnerin anzusehen, und im Zweifel unehmen, daß der Mann blos als gesetzlicher Curator er Ehefrau, wenn nämlich an dem Orte die Geschlechts- ratel eingeführt ist, oder als Bürge unterschrieben habe[62]).

§. 783.

bindlichkeit des Schuldners aus dem Darlehn, besonders von Wiederbezahlung eines Geld-darlehns bey entstandener Münzveränderung.

Der Schuldner ist nun nach der Natur des Darlehns unden, eben soviel, als er erhalten hat, der Gattung, lität und Quantität nach wieder zu erstatten. Der ibiger muß also

1) eben soviel wieder zurückerhalten, als er dargelie- at, nicht mehr, noch weniger. Es kann zwar durch rag ausgemacht werden, daß der Schuldner weniger geben soll, als er empfangen hat, denn hier ist dem ldner der Ueberrest erlassen. Allein der Vertrag, daß r restituiren soll, als er erhalten hat, ist nach dem Recht ganz ungültig. Es gehören hierher folgende ellen.

. 11. §. 1. *D. h. t.* Si tibi dedero decem sic, ut m debeas: *Proculus* ait, et recte, non amplius iure debere, quam novem. Sed si dedero, ut m debeas, putat *Proculus*, amplius, quam de- condici non posse.

L. 17.

. *Ferd.* HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. IV. Obs. 554.

11.

L. 17. *pr. D. de pactis.* Si tibi decem dem, et paciſcar, ut viginti mihi debeantur: non naſcitur obligatio ultra decem. *Re enim non poteſt obligatio contrahi, niſi quatenus datum ſit.*

Heutzutage wird jedoch ein ſolcher Vertrag für verbindlich gehalten, ſofern kein unerlaubter Zinswucher darin enthalten iſt [69]).

2) Es muß eine Sache von derſelben Gattung wiedergegeben werden, als der Schuldner erhalten hat, alſo nicht Wein ſtatt des Getraides, auch nicht Gerſte ſtatt des geliehenen Korns. Es folgt dies auch ſchon daraus, weil man dem Gläubiger nicht wider ſeinen Willen etwas Anders aufdringen kann, als er zu fordern hat. Wäre abgeredet worden, daß eine andere Art von Sachen zurückgegeben werden ſolle, ſo iſt dies Geſchäft für kein Darlehn zu halten. **Paulus** ſagt ausdrücklich *L.* 2. *pr. D. h. t.* Mutuum damus recepturi non eandem ſpeciem; quam dedimus, ſed *idem genus*: nam ſi aliud genus, veluti, ut pro tritico vinum recipiamus, *non erit mutuum.* Wenn jedoch Geld der Gegenſtand des Darlehns iſt, ſo kommt es bey der Wiederbezahlung deſſelben nicht gerade auf eine gewiſſe Geldſorte an, ſondern es kann das Capital auch in andern gleich guten und gangbaren Münzen wieder zurückgezahlt werden, als in welchen der Schuldner ſolches erhalten hat. Denn beym Gelddarlehn ſieht man nur darauf, daß eine dem Werthe nach gleiche Summe wiedervezahlt werde. **Papinian** ſagt: *L.* 94. §. 1. *D. de Solut.* In pecunia non corpora cogitamus, ſed quanti-

69) S. Höpfners Commentar über die Heineccischen Inſtitutionen §. 768. Nr. 5.

itatem; und Pomponius erfordert *L.* 80. *D. eodem* ey Wiederbezahlung eines Gelddarlehs ausdrücklich nur leß, ut retro *pecuniae tantundem* solvi debeat. Es hat ıher auch keinen Zweifel, daß, statt des dargeliehenen oldes, das Capital in Silbergelde, jedoch mit Vergütung s Agio, zurückgezahlt werden kann[70]), sofern nicht in den ontract ausdrücklich festgesetzt worden ist, daß das Capil in derselbigen Münzsorte, in welcher der Schuldner lches erhalten hat, wieder bezahlt werden solle[71]). Soll n jedoch die nämlichen Münzsorten nicht mehr zu haben seyn, muß sich der Gläubiger auch in diesem Falle die Bezahlung andern Sorten mit verhältnißmäßiger Vergütung des ierths gefallen lassen[72]). Mit Recht sagt daher Seca[73]): *Cum omnis solutio non idem reddat, sed tantum, pecuniam dicimus reddidisse, quamvis numeravimus argenteis aureos.* Es wird jedoch billig vorausgesetzt, ß der Gläubiger keinen erweislichen Schaden dabey leide, daß

) *L. 65. §. 1. D. de Verb. obligat. L. 159. D. de Verb. Signific.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 23. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 41. *Ios.* AVERANIUS Interpret. iuris Lib. III. cap. 10. PÜTTMANN Miscellaneor. ad ius pertinent. Specim. IV. Cap. 12. und Joh. Lud. Schmidts Abhandlung von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen ist. Jena 1782. 4. §. 135.

CARPZOV iurisprud. for. P. II. Const. XXIX. Def. 4. und Schmidts angef. Abhandl. §. 133.

Arg. *L. 71. §. 3. D. de legat. I.* G. LEVSERI Meditat. ad Pandect. Vol. VII. Specim. DXXIX. medit. 21. und Schmidts angef. Abhandlung §. 139.

De Benefic. Lib. VI. cap. 5.

daß er nicht dieſelbe Münzſorte zurückerhält[74]). Dies würde z. B. der Fall ſeyn, wenn der Gläubiger das Geld an dem Orte, wo er wohnt, nicht leicht wieder anbringen kann, oder wenn ihm zuviel kleine Münze gegeben wird[75]).

In

74) *L. 99. D. de Solut.* PAULUS reſpondit: *creditorem* non eſſe cogendum in aliam formam nummos accipere, *ſi ex ea re damnum aliquod paſſurus eſt.* So lieſet Haloander, Baudoza, und die Vulgata. Die Florentine hingegen hat, ſtatt Creditorem, *Debitorem*; und dieſe Leſeart ſuchen beſonders *Corn. van* BYNKERSHOEK Obſervation. iuris Rom. Lib. I. cap. 9. *Io.* IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. ad L. 99. cit. p. 483. *Io. Guil.* MARCKART Probabil. receptar. Lection. iuris civ. P. II. pag. 150. ſq. und PÜTTMANN Miſcellaneor. ad ius pertinent. Spec. IV. cap. 12. zu vertheidigen. Allein die gemeine Leſeart verdient unſtreitig den Vorzug. Sie iſt nicht nur der Natur der Sache gemäßer, ſondern hat auch die Auctorität der Baſiliken Tom. IV. Lib. XXVI. Tit. 5. pag. 169. für ſich, wie *Iac.* CUJACIUS in Comm. ad L. 59. D. de Verbor. obligat. et ad Pauli Reſponſa Lib. IV. ad L. 99. D. de Solut. *Franc.* HOTOMANUS Quaeſtion. illuſtr. Qu. 15. *Io.* LEUNCLAVIUS Notator. Lib. II. Obſ. 101. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom. III. pag. 1525.) *Io.* VOET in Commentar. h. t. §. 23. *Ant.* SCHULTING Theſium controverſar. Decad. XXXVI. Th. 7. POTHIER in Pandect. Iuſtin. Tom. III. Lib. XLVI. Tit. 3. Nr. LXII. Not. a. pag. 362. und *Car. Frid.* WALCH Introduct. in Controverſ. iuris civ. pag. 511. Not. *) gezeigt haben. Daß die Namen *debitor* und *creditor* mit einander verwechſelt worden ſind, iſt nicht ohne Beyſpiel. Man ſehe z. B. *L. 8. D. de tutel.* Man findet dies ſogar in deutſchen Urkunden, daß die Namen Schuldner und Gläubiger zuweilen verwechſelt worden ſind, wie Spies in den archiviſchen Nebenarbeiten 1. Th. S. 104. u. 2. Th. in der Vorrede aus Beyſpielen gezeigt hat.

75) S. Schmidt a. a. O. §. 134.

In dieser Hinsicht verordnen die Gesetze, daß derjenige, welcher ein Capital zu bezahlen hat, nicht mehr als 25 Gulden kleine Münze zur Zahlung bringen solle[76]).

3) Die Wiedererstattung muß endlich auch mit Sachen von derselben Güte geschehen, von welcher die empfangenen waren. Daher darf z. B. statt des erhaltenen alten Weins nicht junger Wein gegeben werden. Dies bringt die Natur des Contracts mit sich, wenn gleich deshalb keine ausdrückliche Verabredung geschehen ist. Pomponius sagt dieses deutlich *L.* 3. *D. h. t.* wo es heißt: Cum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus, *ut aeque bonum nobis redderetur*, non licet debitori deteriorem rem, quae ex eodem genere sit, reddere: veluti, vinum novum pro vetere. Nam in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum est. *Id autem agi intelligitur, ut eiusdem generis, et eadem bonitate solvatur, qua datum sit.*

Ob auch bey der Wiederbezahlung eines Gelddarlehns auf den innern Gehalt und Güte der Münzen, in welchen der Schuldner dasselbe erhalten hat, oder nur auf den

76) Reichsabschied vom Jahre 1576. §. 76. Diese gesetzlich bestimmte Summe beträgt 44 $\frac{4}{9}$ fl. nach dem 24 Guldenfuß. S. Hufelands Lehrbuch des Civilrechts §. 549. Not. a. S. 224. Es ist jedoch die gedachte Verordnung in einem neuern Münzrecess der 3 correspondirenden Kreyse im Jahre 1705 zu Regensburg dahin abgeändert worden, daß wenn sich die Forderungen über 100 fl. belaufen würden, der Gläubiger an Scheidemünze mehr nicht, als den zwanzigsten Theil, anzunehmen schuldig seyn solle. S. Schmidts Abhandl. von den Münzsorten. §. 136.

äußern Werth und Cours zu sehen sey, welcher zur Zeit der Wiederbezahlung Statt findet? ist, besonders im Falle einer unterdessen entstandenen Münzveränderung, eine eben so wichtige, als streitige Rechtsfrage. Viele berühmte Rechtsgelehrten[77]) sind der Meinung, daß gerade darin ein Gelddarlehn sich von einem Darlehn anderer fungiblen Sachen unterscheide, daß bey jenem bloß der äußerliche Werth, der den Münzen vom Staate beygelegt ist, ohne Rücksicht auf deren Güte, welche blos relativ sey, und von den jedesmaligen Umständen abhange, den eigentlichen Gegenstand des Darlehns ausmache. Der Schuldner thue daher seiner Verbindlichkeit ein Genüge, wenn er die entlehnte Summe nach dem Werthe der zur Zeit der Wiederbezahlung cursirenden Münzen abträgt. Dahingegen komme es bey einem Darlehn anderer fungiblen Sachen auf deren physische Qualität und Quantität an. Nur hier müsse eine Sache von derselben Art und Güte restituirt werden, als der Schuldner erhalten hat, weil sonst der Gläubiger nicht soviel wiederbekommen würde, als er dargelie-

hen

77) *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 24. *Ioſ.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. III. cap. 11. et 12. *Balth.* BRANCHU Observation. iur. Rom. Decad. II. Cap. 14. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XLVI. Tit. 3. Qu. 5. *Io. Ge.* ESTOR in Comment. de permiſſo et vetito collybo, quem Agio vocant, praeſertim in antiquioribus debitis retribuendis, iure civ. haud conceſſo. *Marburgi 1754. et rec. 1755.* 4. Cap. 14. *Ge. Sam.* MADIHN Diſſ. ſiſtens cauſam debitoris circa pecuniae ſolutionem, mutato poſt contractum nummorum valore. *Halae 1762. Inſt. Bened.* FERBER Diſſ. de numero, non pondere, ſpectando in materia ſignata praeſ. *Frid. Gottl.* ZOLLER. *Lipſiae 1766. Ge. Ioſ.* WEDEKIND Diſſ. de reſtitutione mutui caſu valoris monetae immutati. *Heidelbergae 1767.*

en hat, und blos von diesem Falle rede Pomponius
. 3. *D. h. t.* Daß es beym Gelde nicht auf die Substanz
nd Materie, sondern blos auf die Form und den äußer-
chen Werth ankomme, lehre Paulus, wenn er *L.* 1. *pr.*
). *de contrab. emt.* vom Gelde sagt: electa materia est,
ius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus
ermutationum aequalitate quantitatis subveniret: ea-
ue materia, forma publica percussa, usum dominium-
ue non tam ex substantia praebet, quam ex quanti-
te. Allein erwägt man, daß der äußere Werth des
eldes eigentlich eine bloße Bestimmung von dessen innerer
üte seyn soll; bedenkt man ferner, daß nach dieser in-
ren Güte des Geldes der Werth aller andern schätzbaren
achen bestimmt wird; lehrt endlich die Erfahrung aller
iten, daß der Gehalt der Münzen auf den Preis der
aaren den wichtigsten Einfluß hat, und daher die Waa-
n um desto theuerer sind, je schlechter der Gehalt der
ünzen ist; so kann wohl Niemand im Ernst behaupten,
ß der Gläubiger tantundem pecuniae wieder erhalte,
er dargeliehen hat, wie er doch nach ausdrücklicher
orschrift der Gesetze [78]) zurückerhalten soll, wenn ihm
s Capital, was er in gutem Gelde dargeliehen hat, in
zur Zeit der Wiederbezahlung cursirenden schlechten
ünzen zurückbezahlt wird, in welchen der Gläubiger z.
nun für eine Sache 3 fl. bezahlen muß, die der Schuld-
mit dem ihm geliehenen guten Gelde für 1 fl. kaufen
nte. Nein, nur dann wird dem Gläubiger tantundem
uniae nach Vorschrift der Gesetze restituirt, wenn er

L. 80. pr. D. de Solut. Cum mutuum dedimus, *retro pecu-*
iae tantundem solvi debet.

für das Geld, welches ihm wiederbezahlt worden ist, eben so viel und eben so gute Waaren kaufen kann, als der Schuldner für das ihm dargeliehene Geld kaufen konnte[79]). Daß aber auch die Gesetze selbst nicht blos auf den äußern Werth des Geldes, sondern auch auf Substanz und Gewicht gesehen wissen wollen, lehrt

1) *L.* 1. *Cod. de veteris numismat. potest.* worin die Kr. Valentinian und Valens verordnen: Solidos veterum Principum veneratione formatos ita tradi ac suscipi ab ementibus et distrahentibus iubemus, ut nihil omnino refragationis oriatur, *modo ut debiti ponderis sint, et speciei probae.*

2) *Novella Leonis* 52. Sancimus, ut numismatis omne genus, *quod quidem formam, materiamque non adulteratam et plenum pondus habeat*, sive vetustioris cuiuspiam Principis, sive recentioris sit, aequaliter et aestimetur, et in republica tractetur.

3) Insonderheit aber haben auch die deutschen Reichsgesetze eingeschärft, daß das Geld nach seinem innern Werthe solle ausgemünzt werden, wovon der Reichsabschied zu Augs-

79) Man vergleiche hier vorzüglich *Io. Dan.* TITII Diss. de pecuniae deterioris atque melioris exaequatione, praesertim in mutuo. *Wittebergae 1763.* Dieser sagt pag. 8. *Si dicendum, quod res est,* tantundem pecuniae *restituitur, quando pro pecunia restituta coemere easdem merces et aeque bonas, quas pro mutuata, possum: sive quando pecunia reddita ad omnis generis mercimonia eandem habet pretii proportionem, quam mutuo accepta habebat: mercium pretiis propter maiorem aut usum aut raritatem ab tempore inde contractus vix, ac ne vix quidem mutatis.*

ugsburg vom Jahr 1551. §. 36. des Krs Ferdinand I. ue Münzordnung vom Jahr 1559 und der Reichsabled vom J. 1570 §. 132. die unwiderleglichsten Beweise halten. Hiermit steht nun auch

4) die oben angeführte *L.* 1. *pr. D. de contrab. emt.* keinem Widerspruche, sondern es wird darin nur soviel igt, daß das Geld nicht sowohl durch seine Substanz Materie, sofern diese in Metall besteht, als vielmehr h seine Form, welche ihm durch das Gepräge gegeben , einen bestimmten öffentlichen Werth erhalte, und in r Eigenschaft zum allgemeinen und beständigen Maas des Sachenwerths angenommen sey. Hieraus folgt aber von selbst, daß das Geld im Handel und Ver nur in soweit als Schätzungsmittel angenommen wer kann, als der äußere Werth der Münze, welcher das öffentliche Gepräge versichert ist, der innern derselben wirklich entspricht. Joh. Lud. Schmidt[80]), Theoph. Seger[81]), und Florian Aug. Rei-[82]) haben dies alles gründlich ausgeführt.

Andere Rechtsgelehrten[83]) machen daher bey der Fra n welcher Münzsorte eine Geldschuld zurückbezahlt

handl. von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld agen ist. §. 55. u. 56.

: de mutato valore monetae in solutionibus aestimando. e *1763.* Cap. 1. (in *Opuscul.* Vol I. Nr. IV. pag. 142. sq.)

de numero et pondere in nummis aestimando. *Lipsiae*

VINNIUS in Comm. ad princ. Institut. Quib. mod. re h. obligat. nr. 11. *Ant.* SCHULTING Thesium controvers. XVI. Thes. 8. et 9. STRUV Exerc. XVI. Th. 30 et 31. u. a. m.

werden müsse? einen Unterschied, ob der innere Werth und Gehalt der Münzen oder der äußere Werth derselben verändert worden sey. In dem ersten Falle, sagen sie, sey auf die Zeit des Contracts zu sehen, und weder der Gläubiger sey schlechtere Münzen anzunehmen, noch der Schuldner in besseren Münzen zu bezahlen schuldig, als in welchen das Darlehn gegeben worden ist. In dem letztern Falle hingegen geschehe die Wiederbezahlung des Capitals in dem Werthe, den die Münzen jetzt zur Zeit der Heimzahlung haben. Allein schon Voet [84]) hat gegen diesen Unterschied die sehr gründliche Erinnerung gemacht, daß in beyden Fällen der nämliche Grund vorhanden sey, die Münzveränderung betreffe den innern oder äußern Werth des Geldes, denn in dem einen, wie in dem andern Falle werden sich in gleichem Verhältniß auch die Preise der Dinge ändern, und diese entweder steigen oder fallen. Noch andere [85]) behaupten, daß es bey Entscheidung der aufgeworfenen Frage darauf ankomme, ob die Münzveränderung allgemein sey, so daß ein ganz neuer Münzfuß eingeführt worden, oder ob nur die eine oder die andere Münzsorte ihren Werth verändert habe. Im ersten Falle sey auf die Zeit des geschlossenen Contracts Rücksicht zu nehmen, und der Schuldner bezahle daher das Capital in dem Münzfuße wieder, worin er es bekommen hat. In dem letztern Falle hingegen sey blos auf die Zeit der

84) Commentar. ad Pand. h. t. §. 24.

85) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. DXXIX. medit. 15. sqq. Schmidt in der Abh. von den Münzsorten ꝛc. §. 55. i. §. 158. und ff. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 768.

: Zahlung zu ſehen, es möge die Veränderung den ßern oder innern Werth betroffen haben, weil Particu münzveränderungen keine Aenderung in den Preiſen der nge verurſachten, ſondern nur das Verhältniß einzelner ünzſorten zu den übrigen beträfen.

Die meiſten Rechtsgelehrten [86]) nehmen endlich ohne erſchied zum Grundſatz an, daß bey einer entſtandenen inzveränderung allemal auf die Zeit des geſchloſſenen ıtracts geſehen werden müſſe, der Schuldner bezahle das Capital in demjenigen, ſowohl inneren als äußeren th wieder, in welchem er ſolches empfangen hat.

So

AUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 33. *Io. Ort.* WESTENBERG Princip. iur. Rom. ſec. ord. Pand. h. t. §. 43. *iſt. Frid. Imm.* SCHORCH Proluſ. de eo, quod iuſtum eſt in dendo mutuo in caſu, ſi monetae mutatio medio tempore a eſt. *Erfordiae 1761. 4.* Struben rechtliche Bedenken 2. Th. . 22. 3. Th. Bed. 2. *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER Diſſ. de ſolutione ti pecuniarii mutata monetae bonitate intrinſeca, ex tempore e obligationis aeſtimanda. *Francof. ad Viadr. 1762. Io.* . SLEVOGT Commentat. de rei numariae mutatione et aug- o. *Ienae 1742. Henr. Melch.* SCHÜTTE Diſſ. de eo, quod m eſt circa reſtitutionem mutui, mutata monetae bonitate. *rdiae 1738.* von Trützſchler Anweiſung zur vorſichtigen örmlichen Abfaſſung rechtlicher Aufſätze. 2. Th. 4. Haupt- 1. Hptſt. §. 14. Gmelin von Aufſätzen über Verträge . Georg Jacob Fried. Meiſter in den pract. Be- ngen aus dem Criminal- und Civilrechte 1. Band Be- XIX. Juſt. Claproths Rechtswiſſenſchaft von richti- id vorſichtiger Eingehung der Verträge 2. Th. §. 176. *Io.* EGER Diſſ. de mutato valore monetae in ſolutionibus ndo. *Lipſiae 1763.* MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. . HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1871. n.

werden müsse? einen Unterschied, ob der innere Werth und Gehalt der Münzen oder der äußere Werth derselben verändert worden sey. In dem ersten Falle, sagen sie, sey auf die Zeit des Contracts zu sehen, und weder der Gläubiger sey schlechtere Münzen anzunehmen, noch der Schuldner in besseren Münzen zu bezahlen schuldig, als in welchen das Darlehn gegeben worden ist. In dem letztern Falle hingegen geschehe die Wiederbezahlung des Capitals in dem Werthe, den die Münzen jetzt zur Zeit der Heimzahlung haben. Allein schon Voet [84]) hat gegen diesen Unterschied die sehr gründliche Erinnerung gemacht, daß in beyden Fällen der nämliche Grund vorhanden sey, die Münzveränderung betreffe den innern oder äußern Werth des Geldes, denn in dem einen, wie in dem andern Falle werden sich in gleichem Verhältniß auch die Preise der Dinge ändern, und diese entweder steigen oder fallen. Noch andere [85]) behaupten, daß es bey Entscheidung der aufgeworfenen Frage darauf ankomme, ob die Münzveränderung allgemein sey, so daß ein ganz neuer Münzfuß eingeführt worden, oder ob nur die eine oder die andere Münzsorte ihren Werth verändert habe. Im ersten Falle sey auf die Zeit des geschlossenen Contracts Rücksicht zu nehmen, und der Schuldner bezahle daher das Capital in dem Münzfuße wieder, worin er es bekommen hat. In dem letztern Falle hingegen sey blos auf die Zeit der

84) Commentar. ad Pand. h. t. §. 24.

85) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. DXXIX. medit. 15. sqq. Schmidt in der Abh. von den Münzsorten ꝛc. §. 55. i. §. 158. und ff. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 768.

der Zahlung zu sehen, es möge die Veränderung den äußern oder innern Werth betroffen haben, weil Particularmünzveränderungen keine Aenderung in den Preisen der Dinge verursachten, sondern nur das Verhältniß einzelner Münzsorten zu den übrigen beträfen.

Die meisten Rechtsgelehrten [86]) nehmen endlich ohne Unterschied zum Grundsatz an, daß bey einer entstandenen Münzveränderung allemal auf die Zeit des geschlossenen Contracts gesehen werden müsse, der Schuldner bezahle also das Capital in demjenigen, sowohl inneren als äußeren Werth wieder, in welchem er solches empfangen hat.

So

86) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 33. *Io. Ortwin.* WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Pand. h. t. §. 43. *Christ. Frid. Imm.* SCHORCH Prolus. de eo, quod iustum est in reddendo mutuo in casu, si monetae mutatio medio tempore facta est. *Erfordiae 1761.* 4. Struben rechtliche Bedenken 2. Th. Bed. 22. 3. Th. Bed. 2. *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER Diss. de solutione debiti pecuniarii mutata monetae bonitate intrinseca ex tempore natae obligationis aestimanda. *Francof. ad Viadr. 1762. Io. Phil.* SLEVOGT Commentat. de rei numariae mutatione et augmento. *Ienae 1742. Henr. Melch.* SCHÜTTE Diss. de eo, quod iustum est circa restitutionem mutui, mutata monetae bonitate. *Erfordiae 1738.* von Trützschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze. 2. Th. 4. Hauptabth. 1. Hptst. §. 14. Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 39. Georg Jacob Fried. Meister in den pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte 1. Band Bemerk. XIX. Just. Claproths Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge 2. Th. §. 176. *Io. Th.* SEGER Diss. de mutato valore monetae in solutionibus aestimando. *Lipsiae 1763.* MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 468. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1871. u. a. m.

So verschieden sind also die Meinungen der Rechtsgelehrten über die Frage, wie ein Geldanlehn im Fall einer erfolgten Münzveränderung wieder zu bezahlen sey? Vor allen Dingen hat man aber bey Entscheidung dieser Frage darauf zu sehen,

I. ob durch Verträge etwas Bestimmtes über diesen Punct unter den Partheyen festgesetzt worden ist. Eine solche Uebereinkunft ist dann als ein Gesetz unter den Contrahenten anzusehen, wornach sich beyde Theile müssen beurtheilen lassen. *Nam pacta dant legem contractui* [87]). Es darf nur kein unerlaubter Wucher darunter verborgen seyn. Dies würde z. B. der Fall seyn, wenn das Capital in geringen Silbermünzen dargeliehen worden ist, und der Gläubiger sich hätte versprechen lassen, daß es ihm in Golde wiederbezahlt werden solle [88]). Keinesweges aber ist der Vertrag für unerlaubt zu halten, wodurch, ohne die gegebene Münzsorte zu bestimmen, ausbedungen worden ist, daß die Rückzahlung des Anlehns in einer zur Zeit derselben gangbaren Münze geschehen solle. Hier muß der Schuldner das Capital in dem zur Zeit der Heimzahlung cursirenden Gelde abtragen, und der Gläubiger solches in dem Werthe, den es jetzt hat, annehmen, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob es von bessern oder schlechtern innern Gehalt ist, als dasjenige, worin das Capital ist dargelie-

87) *L. 23. D. de Reg. iur.*

88) S. Kaisers Rudolphs II. Policeyordn. vom Jahr 1577. Tit. 17. §. 4. S. Schmidts Abhandl. von den Münzsorten ꝛc. §. 166. Not. f. S. 240.

geliehen worden[89]). Mehrere Rechtsgelehrten[90]) sind zwar der Meinung, daß auch bey diesem Vertrage auf die zur Zeit des kontrahirten Anlehns beschaffen gewesene Münzgattung Rücksicht zu nehmen, und folglich an der jetzt gangbaren Münze soviel wieder zu bezahlen sey, als dem innerlichen Werthe nach dazu gehört, daß der Gläubiger eben soviel wieder bekomme, als er gegeben hat. Allein richtiger ist wohl die Meinung derjenigen[91]), welche behaupten, daß in dem bemerkten Falle ein Vertrag auf Gewinn und Verlust eingegangen werde, in welchem von beyden Seiten die Erklärung liegt, daß man auf den innern Gehalt der zum Anlehn gegebenen Münze keine Rücksicht nehmen, sondern es dem Zufall überlassen wolle, wer dabey gewinnen oder verlieren werde. Auf keine Weise darf jedoch auch in diesem Falle die Rückzahlung in solchen schlechten Münzsorten geschehen, welche in schlimmen Zeitläuften mehr geduldet, als öffentlich gebilliget werden, und meistens um die Hälfte weniger innerlichen Werth haben, als sie haben sollen[92]). Sollte die wahre Absicht der Contra-

89) S. Schmidts angeführte Abhandlung §. 165. Man vergleiche jedoch vorzüglich Strubens rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 63.

90) Man sehe hier besonders *Christ. Nic.* SCHLICHTKRULL Diss. de obligatione debitoris solutionem promittentis in moneta tempore solutionis recepta, praeprimis suborta mutatione monetae. *Gryphiswaldiae 1766.* §. 11. sqq. und *Io. Dan.* TITIUS in Diss. de pecuniae deterioris atque melioris exaequatione praesertim in mutuo. *Vitemb. 1763.* pag. 15. sqq.

91) RICHTER Decis. LXXII. nr. 27. LYNCKER Decision. len. 115. et 133. Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 30. S. 48.

92) S. Gmelin a. a. O. §. 30. S. 49.

haltenen guten und alten Weins, jungen und schlechtern zurückzugeben, er auch eben so wenig bey einem Gelddarlehn, statt des erhaltenen guten Geldes, in schlechten Münzsorten bezahlen dürfe. Er ist vielmehr nach der Natur des Contracts verbunden, nicht nur eine gleiche Summe, sondern auch eben dieselbe, wenn gleich nicht in den nämlichen Individuen, doch wenigstens in solchen Münzsorten wieder zu bezahlen, die den zum Darlehn empfangenen, dem Werth und der innern Güte nach, gleich sind. Denn wenn gleich Paulus in der hier durchaus entscheidenden Stelle der *L.* 3. *D. h. t.* vom Gelddarlehn nicht ausdrücklich redet, so leidet doch die Anwendung derselben auf das Gelddarlehn nicht den mindesten Zweifel, da dieser römische Jurist hier einen Grundsatz aufstellt, welchen die Natur des Contracts und die Absicht der Contrahenten nothwendig mit sich bringt. Er sagt nämlich: in mutuo contrahendo id agi intelligitur, *ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit.* Es ist also wohl unläugbar, daß, nach der Natur des Darlehns und der Absicht der Contrahenten, die Zeit, wo der Contract geschlossen worden, als die einzige richtige Norm der zu leistenden Wiederbezahlung des angeliehenen Geldes in jedem Falle angenommen werden müsse. Es kann dies auch um so weniger bezweifelt werden, da die Gesetze auch in andern Fällen auf den Anfang eines Rechtsgeschäfts, als den richtigsten Gesichtspunct, Rücksicht zu nehmen gebieten, um die daraus entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten darnach zu beurtheilen[97]). Dies alles bestärkt noch

in

97) *L.* 34. *L.* 144. *D. de Reg. iur.* besonders *L.* 8. *pr. D. Mandati*, wo es heißt: *Uniuscuiusque contractus initium spectandum et causam.*

sonderheit eine wichtige Stelle des canonischen Rechts, elche hier einen vorzüglichen Platz verdient. Es ist das p. 26. X. de *Censibus*, wo Pabst Gregor IX. auf fol- nde Art rescribirt: Cum canonicis maioris ecclesiae landam summam pecuniae, pro pensione ecclesiae ae debitam, aliquot annis persolveris, et iidem sum- m illam ex integro de meliori moneta exigant sibi vi, tibi damus nostris litteris in mandatis, ut cano- os illos *solutione prioris pecuniae*, vel, si non sit in , *aestimatione pensionis antiquae* facias manere con- tos. Verbindet man nun noch damit

V. den Begriff des Geldes, so wird man sich noch hr überzeugen, daß vorzüglich der innere Werth, lchen die contractmäßig gezahlte Münzsorte zur Zeit des ebenen Darlehns hatte, zum Maasstabe der Zahlung der heutigen Münzsorte genommen werden muß. Unter ld versteht man hier Metallmünze, deren Werth nach r gewissen Quantität und Güte durch öffentliches Ge- ge zu dem Ende versichert ist, daß es im Handel und rkehr als allgemeines Schätzungsmittel angenommen den solle[98]). Man hat nun beym Geld Viererley zu erscheiden.

1) Das Metall selbst, woraus die Münze geprägt den ist. Dieses wird das Zeug, wie man in Münz- ten spricht, oder der Gehalt, oder das Korn der nze genennt. Bey Silber- und Goldmünzen pflegt s nicht unvermischt zu seyn, sondern das Gold bekommt n Zusatz von etwas Silber und Kupfer, zur Silber- münze

[98]) S. Schmidts angef. Abhandlung §. 39.

haltenen guten und alten Weins, jungen und schlechtern zurückzugeben, er auch eben so wenig bey einem Gelddarlehn, statt des erhaltenen guten Geldes, in schlechten Münzsorten bezahlen dürfe. Er ist vielmehr nach der Natur des Contracts verbunden, nicht nur eine gleiche Summe, sondern auch eben dieselbe, wenn gleich nicht in den nämlichen Individuen, doch wenigstens in solchen Münzsorten wieder zu bezahlen, die den zum Darlehn empfangenen, dem Werth und der innern Güte nach, gleich sind. Denn wenn gleich Paulus in der hier durchaus entscheidenden Stelle der *L.* 3. *D. h. t.* vom Gelddarlehn nicht ausdrücklich redet, so leidet doch die Anwendung derselben auf das Gelddarlehn nicht den mindesten Zweifel, da dieser römische Jurist hier einen Grundsatz aufstellt, welchen die Natur des Contracts und die Absicht der Contrahenten nothwendig mit sich bringt. Er sagt nämlich: in mutuo contrahendo id agi intelligitur, *ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit.* Es ist also wohl unläugbar, daß, nach der Natur des Darlehns und der Absicht der Contrahenten, die Zeit, wo der Contract geschlossen worden, als die einzige richtige Norm der zu leistenden Wiederbezahlung des angeliehenen Geldes in jedem Falle angenommen werden müsse. Es kann dies auch um so weniger bezweifelt werden, da die Gesetze auch in andern Fällen auf den Anfang eines Rechtsgeschäfts, als den richtigsten Gesichtspunct, Rücksicht zu nehmen gebieten, um die daraus entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten darnach zu beurtheilen[97]). Dies alles bestärkt noch

in-

97) *L.* 34. *L.* 144. *D. de Reg. iur.* besonders *L.* 8. *pr. D. Mandati*, wo es heißt: *Uniuscuiusque contractus initium spectandum et causam.*

insonderheit eine wichtige Stelle des canonischen Rechts, welche hier einen vorzüglichen Platz verdient. Es ist das *cap. 26. X. de Censibus*, wo Pabst Gregor IX. auf folgende Art rescribirt: Cum canonicis maioris ecclesiae quandam summam pecuniae, pro pensione ecclesiae tuae debitam, aliquot annis persolveris, et iidem summam illam ex integro de meliori moneta exigant sibi solvi, tibi damus nostris litteris in mandatis, ut canonicos illos *solutione prioris pecuniae*, vel, si non sit in usu, *aestimatione pensionis antiquae* facias manere contentos. Verbindet man nun noch damit

V. den Begriff des Geldes, so wird man sich noch mehr überzeugen, daß vorzüglich der innere Werth, welchen die contractmäßig gezahlte Münzsorte zur Zeit des gegebenen Darlehns hatte, zum Maasstabe der Zahlung in der heutigen Münzsorte genommen werden muß. Unter Geld versteht man hier Metallmünze, deren Werth nach einer gewissen Quantität und Güte durch öffentliches Gepräge zu dem Ende versichert ist, daß es im Handel und Verkehr als allgemeines Schätzungsmittel angenommen werden solle[98]). Man hat nun beym Geld Viererley zu unterscheiden.

1) Das Metall selbst, woraus die Münze geprägt worden ist. Dieses wird das Zeug, wie man in Münzstätten spricht, oder der Gehalt, oder das Korn der Münze genennt. Bey Silber- und Goldmünzen pflegt dieses nicht unvermischt zu seyn, sondern das Gold bekommt einen Zusatz von etwas Silber und Kupfer, zur Silbermünze

98) S. Schmidts angef. Abhandlung §. 39.

münze aber wird ein Theil Kupfer geschmolzen, und dies geschieht bey den kleinern Münzsorten mehr als bey den gröbern. Man nennt diese Vermischung des edlern Metalls mit einem Zusatz von geringern das Legiren, und das Verhältniß des edlern Metalls zum beygemischten schlechtern, oder zum Zusatz, den Gehalt der Münze oder Korn im eigentlichen Sinn.

2) Die Schwere der Münze, welche das Schroot oder Gewicht der Münze genennt wird. Die Handlung, wodurch das Schroot und Korn bey einer Münze in ein gewisses Verhältniß gebracht wird, heißt die Beschickung der Münze. Aus diesen beyden Stücken, dem Schroot und Korn, besteht der innere Werth oder Güte der Münze, welche dieselbe als geprägtes Metall hat. (*bonitas nummorum intrinseca*). Hiervon ist

3) der äußere Werth der Münze zu unterscheiden, *valor externus*, s. *bonitas extrinseca*). Dieß ist der einer Münze beygelegte Preiß, wie viel sie gilt. Man nennt diesen Werth auch die Wardirung, Würdigung oder Würderung der Münze. Dieser äußere Werth hängt ab von der Menge der Sachen, welche man für eine Münze kaufen kann, oder von der Summe, welche man bey der Auswechselung einer Münze in andern Münzsorten dafür bekommt. Einen solchen äußern Werth erhält nun eine Münze entweder

a) von dem Landes- und Münzherrn durch gesetzlich geltende Bestimmungen. Dies wird der äußere legale Werth, oder der landesherrliche Münzpreiß, (*valor vere publicus*) genennt. Oder

b) durch

b) durch den Lauf der Handlung und Verkehr in Beziehung auf andere Münzsorten. Dies heißt der Cours-Preis, (*valor quasi publicus*).

4) Der Münzfuß. Darunter versteht man die bestimmte Norm, welche beym Ausprägen des Geldes in Hinsicht des Schrootes und Korns beobachtet wird. (*Modus monetae, pes monetalis*). Bey dem Münzfuße ist nun vorzüglich die äußere Güte nach der innern einzurichten. Der Stempel aller für den Umlauf geschlagenen Münzen hat auch eigentlich nichts anders zur Absicht, als eine öffentliche Beglaubigung, daß in der Münze dasjenige Quantum von Gold oder Silber enthalten sey, welches ihrem äußern Werth entspricht. Was für einen wichtigen Einfluß der Gehalt der Münze auf das Commercium habe, lehrt die tägliche Erfahrung. Denn so wie die innere Güte der Münzen von ihrem äußern Werthe differirt, eben so differirt auch der Preiß der Waaren. Dieser steigt in eben dem Verhältniß, als die innere Güte der Münze von dem ihr beygelegten äußern Werthe unterschieden ist. Alles ganz natürlich. Denn die Münze soll ja das allgemeine Schätzungsmittel, oder der allgemeine Maasstab seyn, wornach man den Werth der Dinge abmißt. Der Kaufmann nimmt daher nicht, wie Pütter[100]) ganz richtig bemerkt, die im äußerlichen Gepräge angegebene Anzahl Gulden oder Thaler bey Bestimmung des Werths seiner Waare zum Maasstabe, sondern sieht nur darauf, wieviel an feinem Silber darin enthalten sey, als welches allein den

100) Auserlesene Rechtsfälle 4. Bandes 2. Th. Resp. CCCLXXXIII. nr. 9.

den wahren innern Werth der Münze ausmacht. Man kann also mit einer Münze von schlechterem Gehalt nicht dasjenige erhandeln, was man mit einer Münze von besserer innerer Güte kaufen kann. Hieraus entsteht die Eintheilung der Münzen in gute und schlechte. Kommt nämlich der einer Münze beygelegte äußere Werth dem innern, welchen sie von der Materie und Gewicht hat, gleich, so sagt man, es ist gute Münze, gutes Geld, (*moneta proba*); in dem entgegengesetzten Falle aber, es ist schlechte Münze, schlecht Geld: (*moneta reproba*). Je weniger also die innere Güte des Geldes seinem äußerlichen Werthe gleichkommt, desto schlechter ist auch das Geld.

VI. Ist nun eine Münzveränderung erfolgt, so lassen sich folgende Fälle unterscheiden.

1) Es ist eine gewisse Münzsorte ganz abgesetzt und verrufen. Hier darf der Schuldner in einer solchen Münzsorte keine Zahlung leisten, gesetzt auch, daß das Darlehn vor der Absetzung darin gegeben worden wäre [1]). Der Grund ist, weil abgesetzte Münze nicht mehr als Geld zu betrachten ist. Nun ist Geld zum Darlehn gegeben worden, also muß auch geltende Münze wieder zurückbezahlt werden. Der Schuldner muß daher in einer solchen Münzsorte bezahlen, die zur Zahlungszeit gangbar ist, wobey denn aber freylich auf den Gehalt Rücksicht genommen werden muß, welchen die zur Zeit der entstandenen Schuld aus-

1) *L. 24. §. 1. D. de pignerat. act.* Reproba pecunia non liberat solventem, reprobis videlicet nummis reddendis. S. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. VII. Spec. DXXIX. medit. 18. Schmidts angef. Abhandl. §. 58. g. E. 87. ff. vorzüglich §. 156. und Westphals Rechtsgutachten Lib. 46. Tit. §. 4. S. 212.

ausgezahlten oder gangbar gewesenen, nunmehr aber verrufenen Münzsorten gegen den Gehalt derjenigen Münzsorten verhältnißmäßig haben, die zur Zeit der Zahlung gelten, und in welchen die Zahlung bewirkt werden soll [2]).

2) Die Münzsorten sind nur in ihrem Werthe verändert worden. Dann ist entweder

a) der innere Werth geändert, das heißt, die Münzen sind entweder in ihrer Materie, oder in ihrer Schwere, oder in beyden zugleich verändert worden, so daß entweder weniger oder schlechteres mit mehr Zusatz vermischtes Metall zur Münze genommen wird, oder umgekehrt. Hier lassen sich also zwey Fälle gedenken.

aa) Die Münzen sind in Ansehung ihres Gehalts seit dem geschlossenen Contract verbessert worden. Hier zahlt der Schuldner, wenn er in den neuern bessern Münzen das Capital abträgt, soviel weniger, als dieselben, gegen die empfangenen schlechtern Münzen, besser sind. Der Gläubiger erhält zwar hier an Stückzahl weniger zurück, als der Schuldner empfieng, allein da der Gläubiger damit eben das ausrichten kann, was der Schuldner mit den empfangenen schlechtern Münzen ausrichten können; so bekommt er in der That eben soviel wieder zurück, als er zum Darlehn gegeben hat. Käme das Agio nicht in Berechnung, so würde der Schuldner zuviel bezahlen, und der Gläubiger sich mit desselben Schaden unbilliger Weise bereichern. Wenn also auch z. B. die dem Schuldner in schlech-

2) S. Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 2. Th. Decis. LXII. nr. 6. S. 541. und Schmidts angef. Abhandl. §. 159.

tem Gelde dargeliehenen 100 Thaler in den neuen bessern Münzen um ein Drittel oder wohl gar um die Hälfte an Stückzahl weniger betragen sollte, so muß sich doch der Gläubiger damit begnügen [3]).

bb) Die Münzen sind zur Zeit der Wiederbezahlung der Schuld von schlechterem Gehalt. Hier muß der Schuldner, wenn er in dem neuen schlechtern Gelde die Schuld bezahlen will, dem Gläubiger den Abgang am innern Werth vergüten, und daher soviel mehr geben, als die neue Münze schlechter ist, denn diejenige, in welcher er das Darlehn empfing, oder er muß in andern Münzsorten, welche in ihrer innern Güte den dargeliehenen gleichkommen, das Capital abtragen, weil sonst der Gläubiger weniger wiederbekommen würde, als er dem Schuldner geliehen hat [4]).

b) Es hat sich blos der äußere Werth der dargeliehenen Münzsorten, ohne Veränderung der innerlichen Güte derselben, geändert. Hier lassen sich wieder zwey Fälle gedenken.

aa) Der äussere Werth der dargeliehenen Münzsorten ist gestiegen. Dies ist gewöhnlich der Fall, wenn die klei-

3) CARPZOV P. II. Const. 28. Def. 4. Schmidts angeführte Abh. §. 184. SCHORCH cit. Commentat. §. 14.

4) Schmidts angef. Abh. §. 185. ff. Man sehe auch WALCHII Introduct. in controv. iur. civ. pag. 512. §. 12. Daß nach dieser Meinung auch in der Praxis gesprochen werde, erhellet aus WERNHERI Observation. for. Tom. I. P. I. Obs. 169. und Tom. III. P. I. Obs. 92. Pütters auserlesenen Rechtsfällen 2. Bandes 4. Th. Dec. CXXXII. KIND Quaest. for. Tom. I. cap. 41. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Decis. 35. u. a.

kleineren Münzen geringer ausgeprägt werden, wodurch sodann der äussere Werth der gröbern in eben dem Verhältniß steigt, als die innere Güte der kleinern verringert worden ist, und dies ganz natürlich aus dem Grunde, damit zwischen beyden das Verhältniß nicht aufgehoben werde. Hier glauben nun zwar viele Rechtsgelehrten [5], der Schuldner könne dem Gläubiger die Münzsorten nach ihrem erhöheten äusserlichen Werthe anrechnen. Allein gegründeter ist die Meinung derjenigen [6], welche behaupten, daß die Münzsorten in eben dem äusserlichen Werthe, worin sie der Schuldner empfangen hat, zurückgegeben werden müssen, und das Steigen desselben den Schuldner zu keinem Abzuge berechtigen könne, weil sonst offenbar der Gläubiger nicht eben so viel wieder erhalten würde, als der Schuldner zum Darlehn empfangen hat. Denn man setze, der Louisd'or habe zur Zeit des Darlehns 5 Thaler gegolten, der Schuldner hätte also ein Capital von 100 Thln. mit

5) STRUV in Synt. iur. iur. civ. Exercit. XVI. Th. 31. sagt: *Si auctus sit valor, et idem forte nummorum genus solvatur, debitor deducere potest incrementum, quod veteri accessit aestimationi* v. c. *Si 200 aureos Ungaricos s. ducatos mutuo quis dederit eo tempore, quo unus eorum forte valuisset 36 grossos; hodie solvens ducatos non 200 sed 150 teneretur reddere.* Eben so MEVIUS Tom. II. P. VI. Decis. 389. LYNCKER Decis. 1286. und Joh. Christ. Ludw. Fresenius in den Meditationen für Rechtsgelehrte 1. Band Medit. 2. S. 42. ff.

6) S. Schmidts angef. Abhandl. §. 188. SCHORCH in Prolus. de eo, quod iustum est in redd. mutuo, in casu mut. monetae. §. 16. SCHLICHTKRULL Diss. de obligatione debitoris solutionem promittentis in moneta tempore solutionis recepta. §. 8. Smelin von Aufsätzen über Verträge §. 30. S. 52. u. a. m.

20 Stück Louisd'or erhalten. Nachher wäre nun wegen des schlechten Gehalts der Current-Münzen der Werth der Louisd'or bis auf 10 Thlr. gestiegen. Könnte der Schuldner dem Gläubiger jetzt das Stück Louisd'or in dem gestiegenen Werth anrechnen, so würde ja der Gläubiger statt der dargeliehenen 20 St. Louisd'or nur 10 zurück bekommen, also um die Hälfte weniger, als er gegeben hat. Der Schuldner darf also dem Gläubiger den Louisd'or nicht höher anrechnen, als er ihm angerechnet worden ist. Man kann auch nicht sagen, daß sich der Gläubiger zum Schaden des Schuldners bereichere, und eine größere Summe wieder zurückerhalte, als er dargeliehen hat. Denn die Erfahrung lehrt, daß das Steigen des Geldes in seinem äusserlichen Werthe eine Vertheurung der Waaren nach sich zieht [7]).

bb) Der äussere Werth der dargeliehenen Münzsorten ist zur Zeit der Heimzahlung gefallen. Man nennt dieses Herabsetzen einer Münze in einen geringern Werth, die Devalvation. Auch hier behaupten viel Rechtsgelehrten [8]), der Schuldner müsse dasjenige, was die Münzen an

7) BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. XXIX. Th. 3. Lit. C. pag. 999. sagt: *Crescente valore maioris monetae, et deteriorata bonitate intrinseca minoris, quae in commerciis quotidianis intervenire solet, crescunt singularum rerum pretia, quae ad rationem minoris monetae constitui solent.*

8) S. Gudens Betrachtungen über das Recht bey der Bezahlung in veränderten Münzen. Braunschweig 1764. J. G. Dietze Versuch einer münzwissenschaftlichen Beantwortung der Fragen: Wie ist eine Geldschuld abzutragen? und wie hat man bey Valvirung aller ehedessen sowohl in Gold-, als Silbergeld an-

an ihrem äußeren Werthe verlohren haben, dem Gläubiger gut thun, weil sonst der Gläubiger nicht eben soviel wieder erhielte, als er dem Schuldner geliehen hat. Man fügt noch hinzu, daß es bey Schätzung des Capitals nicht auf die Species allein, sondern zugleich auf den Nutzen, den der Schuldner sich damit geschafft, und auf den Werth ankomme, in welchem er das Geld ausgegeben hat. Habe also der Schuldner die Münzen noch in ihrem vollen Werth benutzt und ausgegeben, so müsse er auch dem Gläubiger den vollen Werth vergüten. Ueberdem müsse durch die Zahlung die Sache in eben den Zustand gesetzt werden, als wenn gar kein Darlehn wäre gegeben worden. Hätte nun der Gläubiger das Geld in seinem Kasten behalten, so müsse man annehmen, er werde, was ein jeder guter Wirth gethan haben würde, die gefallenen Münzsorten noch in Zeiten weggegeben, oder sie doch mit wenigerem Schaden angebracht haben, als er nunmehr leiden würde, wenn er diese Münzsorten in eben dem Werthe wieder annehmen müßte, welchen sie zur Zeit des Contracts hatten. Gesetzt auch der Schuldner litte dabey Schaden, so geschehe dieses mit Recht. Denn er war ja Eigenthümer von dem erborgten Gelde geworden, und müsse daher auch, als Eigenthümer, billig den Schaden allein tragen. Andere[9]) hingegen sind der Meinung, daß der Schuldner die Münzsorten dem Gläubiger in dem Werth wieder anrechnen könne, in wel-

angelegten Capitalien zu verfahren, damit weder der Gläubiger, noch der Schuldner beschwert werde? Frankfurt am Main 1791. 8. *Abr. Gottl.* KAESTNER Progr. de restitutione mutui, mutato pecuniae valore. *Lipsiae 1750.* u. a. m.

9) SCHOREH Prolus. cit. §. 17. SCHLICHTKRULL Diss. cit. §. 8. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 468. in fin.

chem er sie zum Darlehn erhalten hat, weil sonst der Schuldner mehr wiedergeben würde, als er empfangen hat, wenn er die Schuld in dem heruntergesetzten Werthe der Münzen bezahlen müßte. Leide auch der Gläubiger dabey einigen Schaden, so müsse er denselben mit dem Gewinn compensiren, den er bey dem erhöheten Werth der Münzen gehabt hätte. Allein es ist vielmehr mit Schmidt[10]) zu unterscheiden, ob mit dem Abfall des äußerlichen Werths der dargeliehenen Münzsorten auch der Preiß der Waaren verhältnißmäßig gefallen ist, oder nicht. In dem ersten Falle, wenn z. B. mit dem halben Abfall des äußerlichen Werths der Münzen auch die Waaren um die Hälfte wohlfeiler geworden sind, wird der Schuldner von seiner Schuld befreyet, wenn er die Münzsorten in dem äußerlichen Werth anrechnet, in welchem er sie von dem Gläubiger empfangen hat. Man setze also, zur Zeit des geschlossenen Contracts habe der Louisd'or 6 Thaler gegolten, der jetzt nur 5 Thaler gilt, so kann ihn der Schuldner doch zu 6 Thalern anrechnen. Denn wenn man annimmt, daß die Waaren nun auch verhältnißmäßig wohlfeiler geworden sind, so kann nun jetzt der Gläubiger mit einem Louisd'or eben soviel erhandeln, als der Schuldner mit 6 Thalern zu kaufen vermochte. In dem andern Falle hingegen, da der Preiß der Waaren, des heruntergesetzten Werths der Münzen ungeachtet, unverändert geblieben ist, muß der Schuldner, wenn er die Münzen in ihrem vollen Werthe genutzt hat, dasjenige, was dieselben durch die Herabsetzung an ihrem äußerlichen Werthe verloren haben, dem Gläubiger vergüten, weil sonst der Gläubiger offenbar Schaden leiden würde. Er bekommt zwar nun an Stückzahl

10) Abhandl. von den Münzsorten ꝛc. §. 189. ff.

zahl mehr zurück, als er dem Schuldner geliehen hat, allein da er, bey dem vorigen und unverändert gebliebenen Preis der Waaren, damit doch nicht mehr bestreiten kann, als der Schuldner mit dem ihm geliehenen Gelde ausrichten konnte, so erhält der Gläubiger doch dem Werthe nach nicht mehr zurück, als er dem Schuldner geliehen hat.

Es ist übrigens noch Folgendes zu bemerken.

1) Ist es zweifelhaft, in welcher Münzsorte das Darlehn gegeben worden, so wird vermuthet, daß die Auszahlung in derjenigen Münzsorte geschehen sey, welche zur Zeit des Contracts an dem Orte, wo das Darlehn contrahirt worden, am häufigsten coursirte [11]); und zwar wird Silber-Courant eher, als Gold, vermuthet. Sollte jedoch auch hierin mit Gewißheit nichts zu bestimmen seyn; so streitet die Vermuthung für diejenige Münzsorte, worin die Zinsen bisher entrichtet und angenommen worden sind, weil die Zinsen, als eine accessio sortis, der Regel nach in eben solchen Münzsorten bezahlt werden müssen, in welchen das Capital selbst abzutragen ist [12]).

2) Ist zwar noch keine Münzveränderung geschehen, aber es steht eine solche bevor; man weiß, daß eine Münzsorte nächstens abgesetzt werden wird, so entsteht die Frage, ob

11) C. *de* BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. 2. Th. 4. Not. 7. Strubens rechtl. Bedenken 3. Th. Bed. 2. §. 10. Schmidt von den Münzsorten ꝛc. §. 62. n. S. 112. Vergl. auch das Allgem. Preuß. Landrecht. 1. Th. 11. Tit. §. 779.

12) *L.* 23. *C. de Usur.* Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 168. Schmidts Abhandl. von den Münzsorten §. 218. Man sehe auch das Preuß. Landrecht 1. Th. 11. Tit. §. 801.

ob der Gläubiger die Bezahlung der Schuld in einer solchen Münzsorte anzunehmen verbunden sey? Auch hierüber sind die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Gmelin [13]) behauptet, der Gläubiger müsse sich die Bezahlung in dieser Münzsorte gefallen lassen, wofern nur nicht etwa der Schuldner die Bezahlung ohne Ursach verzögert, oder sich sonst dabey eines Betrugs schuldig gemacht hat. Leyser [14]) und Schmidt [15]) entscheiden hingegen jene Frage verneinend. Es läßt sich vielleicht folgender Mittelweg treffen. Der Gläubiger hat entweder in dieser Münzsorte das Darlehn gegeben, oder in einer andern. In dem ersten Falle kann sich der Gläubiger nicht weigern, die Zahlung in dieser Münzsorte anzunehmen, so lang sie wirklich noch nicht verrufen ist, wenn nur die Heimzahlung nicht vor der Zeit geschieht. In dem andern Falle hingegen kann er die Annahme der Bezahlung in einer solchen Münzsorte, die auf dem Sprung steht, abgesetzt zu werden, mit Recht verweigern.

3) Ist einer von beyden Theilen in mora, so trägt dieser den Schaden billig allein, welche aus der unterdessen erfolgten Münzveränderung entstanden ist [16]).

4) Die Grundsätze von Leistung einer Zahlung im Falle einer entstandenen Münzveränderung finden nicht nur beym Darlehn, sondern auch in allen andern Fällen Statt, wo eine Geldschuld abzutragen ist, die Forderung sey durch einen

13) Von Aufsätzen über Verträge §. 30. S. 50.

14) Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. DXXIX. medit. 20.

15) Abhandl. von d. Münzsorten ꝛc. §. 142. ff.

16) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1871. B.

einen Vertrag, oder Testament begründet worden, oder rühre aus einer unmittelbaren Verordnung der Gesetze her. Ueberall ist auf den Anfang des Geschäfts zu sehen, wodurch die Forderung entstand [17]). Nur wenn von Erstattung eines Darlehns anderer fungiblen Sachen die Rede ist, deren Werth in Ermangelung von Sachen der nämlichen Art ersetzt werden soll, so wird der Preiß nach der Zahlungszeit bestimmt [18]). Der Grund ist ganz natürlich der, weil es hier nicht darauf ankommt, wie viel die Sache zur Zeit des Contracts gekostet hat, sondern vielmehr die Frage davon ist, wie viel Geld es braucht, um jetzt eine Sache von der nämlichen Art und Güte anzuschaffen [19]). Julian lehrt dies auch ausdrücklich, wenn er *L.* 22. *D. h. t.* sagt: Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est. Quaesitum est, *cuius temporis aestimatio fieret*: utrum cum litem contestatus fuisset, an cum res iudicaretur? SABINUS respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset: si non, *quanti tunc* [20]), *cum petitum esset.* Interrogavi, cuius loci

17) *L. 7. D. de auro arg. leg. L. 40. D. eodem. L. 41. §. 4. D. de legat. 3. Cap. 20. X. de Censib.* Schmidt von den Münzsorten §. 63. ff. BOEHMER Diss. cit. de solutione debiti pecun. §. 9. sqq. Strubens rechtliche Bedenken 2. Band Bed. 22. KIND Quaest. for. Tom. I. cap. 90.

18) S. Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 2. Th. Decis. 63. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1872.

19) S. Meisters pract. Bemerkungen aus dem Crim. und Civilrecht 1. Band Bemerk. XIX. §. 10.

20) Die Worte: *si non, quanti tunc*, sind in den meisten Ausgaben eingeklammert. Nur Baudoza lieset, ohne Einschliessung,

loci pretium sequi oporteat? Respondit, si convenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset: si dictum non esset, quanti, ubi esset petitum. Da jedoch dieser Gegenstand sich mehr zur condictio triticaria qualificirt, als daß er hierher gehört, wie auch Cujaz [21]), Merillius [22]), und Schulting [23]) bemerkt haben, so werde ich davon Lib. III. Tit. 13. ausführlicher handeln.

§. 784.

sung, *si non, quanti tunc fuisset.* Unser Erlanger Codex hat, *si non, quanti tunc esset.* Da diese Worte auch in der Taurellischen Ausgabe eingeklammert sind, so ist dies ein Beweis, daß sie in der Florentinischen Handschrift nicht stehen, und von Taurell ergänzt worden sind. Von diesem Supplement hängt indessen die ganze Meinung des Sabinus ab, wofern man nicht etwa mit Brenkmann in dem Gebauerschen Corp. iuris: *Sabinus respondit, si dictum non esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, cum petitum esset*, lesen will. Allein die Nothwendigkeit jenes Supplements beweisen insonderheit die *Basilica* Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. Const. 22. wo es heißt: Ἐὰν συνεφωνήθη ποτὲ καὶ ποῦ χρὴ δοθῆναι τὸν δανεισθέντα οἶνον, πρὸς ἐκεῖνον τὸν τόπον καὶ τὸν χρόνον δίδοται ἡ διατίμησις. εἰ δὲ μὴ συνεφωνήθη, πρὸς τὸν τῆς προκατάξεως καιρὸν, καὶ τὸν τόπον καθ' ὃν ἡ δίκη λέγεται. i. e. *Si convenerit, quando et ubi vinum mutuo datum reddi opporteret, quanti eo tempore et loco esset, aestimatio datur. Si vero non convenerit, spectatur tempus litis contestatae, et locus quo petitur.* Dieser Beweis ist bisher ganz übersehen worden.

21) Comment. ad h. L. 22. D. in *Operib.* T. IV. P. I. pag. 714. et Tract. III. ad *Africanum* ad L. 8. D. Quod certo loco.

22) Variant. ex Cujacio. Lib. I. c. 17.

23) Thes. controversar. Decad. XXXVII. Th. 2.

§. 784.

Wenn ist ein Darlehn zurückzuzahlen?

In Absicht auf die Zeit der Rückzahlung des Darhns kommt es darauf an, ob darüber durch Vertrag was bestimmt worden ist, oder nicht. Ist das Erstere, muß es dabey bleiben, und eine solche Bestimmung ist r beyde Theile rathsamer[24]).

1) Für den Schuldner, weil der Gläubiger vor blauf der bestimmten Zeit die Bezahlung nicht verlangen nn. Es müßten denn etwa die Umstände des Schulders sich zu verschlimmern anfangen, und der Gläubiger fahr laufen, das Seinige zu verliehren. Unter diesen nständen kann freylich der Zahlungstermin den Gläubiger ht weiter binden.

2) Für den Gläubiger, a) weil dann sogleich nach lauf der Verfallzeit der Verzug mit seinen Wirkungen f Seiten des Schuldners, ohne Interpellation, eintritt, nn die Bezahlung nicht erfolgt. b) Weil auch der äubiger nicht schuldig ist, vor Ablauf der bestimmten t die Zahlung vom Schuldner anzunehmen, wenn ihm aus ein Nachtheil erwächst[25]). Es ist aber doch noch nderheit darauf zu sehen, zu wessen Besten die Zahgszeit bestimmt worden ist. Im Zweifel vermuthet n immer, daß der Zahlungstermin zum Vortheil des uldners beygefügt worden sey[26]), und dann kann der Schuld-

S. Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 31.

Schmidt von den Münzsorten §. 147. und STRYK US. mod. nd. Lib. XLVI. Tit. 3. §. 14.

L. 41. §. 1. D. de Verb. obligat. L. 17. D. de Reg. iur. chmidt im angef. Buche §. 149. und HOPACKER, Princip. . civ. Tom. III. §. 4113.

Schuldner auch früher Zahlung leisten [27]). Wenn hingegen die Zahlungszeit blos zum Vortheil des Gläubigers beygefügt worden, oder sich sonst aus den Umständen ergiebt, daß es zum Besten beyder Theile geschehen sey, so kann zwar der Gläubiger das Geld auch früher annehmen, als er es anzunehmen schuldig wäre, allein es müssen ihm dennoch die Zinsen von der ganzen Zeit bezahlt werden [28]).

Ist keine Zeit zur Zurückzahlung bestimmt, so kann zwar der Schuldner zu jeder Zeit, da es ihm beliebt, die Schuld bezahlen; er kann dagegen aber auch zu jeder auch ungelegensten Zeit, wegen der Bezahlung vom Gläubiger belangt werden. So lange jedoch der Schuldner nicht gemahnt worden ist, ist er nicht in mora. Es muß auch demselben in diesem Falle immer so viel Zeit übrig gelassen werden, als er nöthig hat, um das Geld in seinen Nutzen zu verwenden, und es wieder aufzubringen, welches nach billigem Ermessen des Richters zu bestimmen ist [29]).

Ein Gleiches findet auch in dem Falle Statt, wenn die Wiederbezahlung in solchen Ausdrücken versprochen worden ist, die keine bestimmte Zeit enthalten, z. B. der Schuldner wolle das Darlehn ehestens, oder nach Gelegenheit,

27) *L. 70. L. 98. §. 4. D. de Solut. L. 137. §. 2. in fin. D. de Verb. obligat.*

28) *Arg. L. 55. §. ult. D. Locati.* STRYK Us. mod. Pand. Lib. XLVI. Tit. 3. §. 14. in fin. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. eod. Lib. et Tit. §. 28. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 20.

29) *L. 105. D. de Solut.* VOET h. t. §. 19. CARPZOV Resp. iur. iur. Lib. IV. Resp. 56. nr. 12. und Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 31. S. 55.

eit, so wie es seine Umstände zuließen, wie-
rbezahlen. Auch hier muß dem Schuldner, wenn sich
e Partheyen nicht vereinigen können, ein Zahlungstermin
ch dem Ermessen des Richters gesetzt werden [30]). Bil-
wird auch in diesem Falle dem Gläubiger, wenn er auf
Bezahlung klagt, der Beweis obliegen, daß dem Schuld-
r die Bezahlung nach seinen gegenwärtigen Umständen
ht möglich sey, besonders wenn die Bezahlung der Schuld
ch Bequemlichkeit versprochen worden wäre [31]).
ist gewöhnlich, daß bey einer auf unbestimmte Zeit ge-
henen Geldanleihe die Loßkündigung binnen einer gewis-
Zeit, z. B. einvierteljährige oder halbjährige Aufkündi-
ig des Capitals bedungen wird. Dieses Recht steht als-
n beyden Theilen zu. Wie aber, wenn sich nur ein
ll die Aufkündigung vorbehalten haben sollte? Man
z. B. daß sich bey einem auf unbestimmte Zeit ausge-
enen Capital der Gläubiger allein die einvierteljährige
kündigung vorbehalten hätte. An sich kann dies nie
Folge haben, daß nun deswegen der Schuldner sich gar
er Loßkündigung sollte bedienen können. Denn es wä-
unbillig, wenn der Schuldner das Capital immer und
behalten müßte, dafern es dem Gläubiger nicht gefie-
das Capital aufzukündigen. Nein, das Recht der Loß-
igung muß auch in diesem Fall dem Schuldner zuste-
Es kommt ihm nur die kurze Loßkündigungsfrist von
einem

VERNHER Select. Observat. for. Tom. III. P. IV. Obs. 93.
apraths Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger
gehung der Verträge und Contracte 2. Th. §. 175.
5. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Be-
k. 43.

einem Vierteljahre nicht zu statten, welche sich der Gläubiger vorbehalten hat, sondern sie ist auf eine längere Zeit auszudehnen, soviel nämlich dem Gläubiger nöthig ist, um sein Geld anderwärts zinsbar wieder unterzubringen, welches dann ebenfalls nach dem billigen Ermessen des Richters zu bestimmen ist [32]). Es entsteht hierbey noch die Frage, von welchem Zeitpunkt die bey der Loßkündigung bedungene Frist anzurechnen sey, ob vom Tage der geschehenen Aufkündigung oder erst von Endigung des Jahrs an? Wernher [33]) behauptet das Erstere. Nach der gemeinen Meinung aber wird in der Praxis das Letztere angenommen, und also das Vierteljahr nicht vom Tage der geschehenen Aufkündigung, sondern erst von Endigung des Jahrs angerechnet [34]); so wie denn überhaupt die Regel gilt, daß ein auf jährige Verzinsung dargeliehenes Capital nicht eher, als nach Ablauf des Jahrs, jedesmal zurückgefordert werden könne. Es ist daher eine genaue Bestimmung darüber in der Schuldverschreibung, als eine nöthige Vorsicht, zu empfehlen [35]).

§. 785.

Klage aus dem Darlehncontract.

Aus dem Darlehn entspringt nur eine Klage, welche von dem Contract *actio mutui* [36]), und weil sie immer auf

32) S. Joh. Lud. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischen Rechtsmaterien 2. Band Nr. 44.

33) Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 37.

34) MEVIUS Part. III. Decis. 144. STRYK Cautelae contractuum Sect. II. Cap. 1. §. 19. *Car. Gottfr.* KISSLING Diss. de observationibus quibusdam forensib. circa resignationem nominis, praes. *Conr. Wilh.* STRECKER. *Erfordiae 1744.* §. 17.

35) S. Gmelin von Aufsätzen über Verträge. §. 31. S. 56.

36) *L. 5. C. Quib. non obiicit. longi temp. praescript.*

uf eine bestimmte Quantität gerichtet wird, auch *condictio certi ex mutuo* heißt [37]). Sie steht dem Gläubiger gegen den Schuldner zu. Haben mehrere das Darlehn gemeinschaftlich gegeben, so kann jeder auf seinen Antheil klagen, weil die Forderung theilbar ist; es wäre denn etwa verabredet worden, daß jeder allein auf das ganze sollte klagen können. Dann findet die Prävention statt [38]). Eben so, wenn mehrere mit einander das Darlehn empfangen haben. Hier kann jeder nur auf seinen Antheil belangt werden, wenn nicht ausdrücklich eine Correalobligation ist festgesetzt worden [39]). Daß die Klage auch auf die Erben geht, hat keinen Zweifel [40]). Doch sind mehrere Erben des Schuldners immer nur pro parte hereditaria [41]); auch selbst alsdann, wenn gleich der Schuldner durch ausdrücklichen Vertrag dem Gläubiger versichert hätte, daß er jeden seiner Erben eben so, wie ihn selbst, auf das Ganze zu belangen, befugt seyn solle. Denn ein solcher Vertrag ist ohne Wirkung [42]). Im Testament kann zwar der Schuldner verordnen, daß einer seiner

Princ. I. Quib. mod. re contrah. obligat. L. 9. pr. D. h. t. certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, *ex qua certum petitur.*

L. 9. Cod. Si certum petat. voet Comm. ad Pand h. t. §. 15.

L. 5. L. 12. Cod. Si certum petatur. L. 11. §. 1. D. de duob. reis.

L. 49. D. de Obligat. et action.

L. 1. Cod. Si certum petat. L. 1. et tot. Tit. Cod. de heredit. actionib.

L. 56. §. 1. D. de Verbor. obligat. voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 17. mevius P. VI. Decis. 94.

seiner Erben die Schuld allein übernehmen solle, und diese Verordnung ist auch unter den Miterben verbindlich. Allein der Gläubiger ist deswegen weder berechtiget noch verbunden, von diesem Erben allein das Ganze zu fordern, sondern er kann dessen ungeachtet nur gegen jeden der Erben auf seinen Antheil klagen, obwohl derjenige, welcher die ganze Schuld nach dem Willen des Erblassers bezahlen soll, die übrigen zu entschädigen verbunden ist[42].

Die Klage geht nun dahin, daß der Beklagte das Darlehn durch eben soviel von derselben Art und Güte, als er empfangen hat, zurückgeben solle. Heutzutage kann die Klage auch auf Zinsen, und zwar sowohl versprochene als Verzugszinsen, ja sogar auf eine Conventionalstrafe gerichtet werden[44]; welches aber freylich dem Römischen Recht nicht gemäß ist, weil hier die Verbindlichkeit ex re entsteht. *Re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit*, sagt Paulus *L.* 17. *pr. D. de pact.* Was indessen bey den Römern durch eine Stipulation möglich war[45], kann heutzutage durch ein bloßes pactum bewirkt werden, wenn es auch dahin gehen sollte, daß mehr zurückgegeben werde, als dargeliehen worden ist, wofern es nur

43) *L. 69. §. 2. D. de legat. I.* MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 468.

44) Man sehe hier, was davon schon oben gesagt worden ist §. 779. S. 4. f. und vergleiche noch *Paul. Wilh.* SCHMID Progr. de poena conventionali circa mutuum. *Ienae 1760.* auch Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 768.

45) *L. 24. D. de praescript. verb. L. 126. §. 2. D. de verbor. obligat.*

nur nicht auf einen unerlaubten Zinswucher hinaus läuft [46]).

Die actio mutui ist also immer eine actio directa; eine *actio mutui contraria* giebt es nicht. Sollte auch der Empfänger des Darlehns durch die Schuld des Darleihers Schaden gelitten haben, weil z. B. sich unter dem Gelde falsche Stücke befanden; oder der Wein verfälscht war; so finden doch nur die allgemeinen Klagen auf Schadenersatz Statt; nämlich die actio ex Lege Aquilia, oder actio in factum, oder auch, wenn der Darleihre in dolo ist, actio doli [47]).

§. 786.

Beweis des Darlehns. Exceptio non numeratae pecuniae. Römischer Litteral-Contract.

Läugnet der Beklagte den Empfang des Darlehns, so liegt der Beweis dem Kläger ob. Denn daß die Numeration geschehen sey, gehört zum Grunde der Klage, weil ohne Tradition kein Darlehn gedenken läßt. Nun ist die Numeration eine Thatsache, welche rechtlich nicht vermuthet wird. Diesen Beweis kann der Kläger entweder durch Zeugen führen, welche bey der Darzählung des Gel-

[46]) S. *Mich. God.* WERNHER Commentat. in Pandect. h. t. §. 16. et 17. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Tom. II. h. t. Qu. 17. Not. p. pag. 125. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1870. Anderer Meinung ist jedoch *Ge. Steph.* WIESAND in Opuscul. iurid. Specim. V. Observat. 3. pag. 54. sqq.

[47]) S. Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 769. Not. 1. S. 853. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 886.

des gegenwärtig waren, oder auch durch Eidesbelation. Hingegen ein schriftliches Bekenntniß des Beklagten, daß er das Darlehn empfangen habe, auf dessen Rückzahlung geklagt wird, (Chirographum) ist dazu an sich nicht hinreichend, weil die römischen Gesetzgeber annehmen, daß der Schuldschein gewöhnlich in der Hoffnung ausgestellt werde, Geld zu erhalten, ohne daß nachher immer die wirkliche Auszahlung erfolge[48]). Um daher den Misbrauch ausgestellter Schuldscheine zu verhüten, wurde verordnet, daß ein solches schriftliches Bekenntniß über den Empfang eines Darlehns vor dem Ablauf einer gewissen Zeit wider den Aussteller nichts beweisen solle. Die Einrede, mit welcher sich der Aussteller des Chirographi deswegen schützen kann, heißt *exceptio non numeratae pecuniae*. Diese Exception wird also von demjenigen vorgeschützt, welcher, in der Hoffnung Geld zu erhalten, schon zum Voraus ein schriftliches Bekenntniß über den Empfang des Darlehns ausgestellt hat, und wird der Klage aus dem Darlehn mit der Wirkung entgegengesetzt, daß der Kläger auf andere Art, als durch den in Händen habenden Schuldschein, die wirklich geschehene Numeration beweisen muß[49]). Anfangs war

48) S. Gundlingiana. Stück 40. Nr. II. §. 19. S. 434. f.

49) *L. 3. Cod. de non numerata pecunia.* Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis: *exceptione* opposita seu doli seu *non numeratae pecuniae*, compellitur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto, absolutio sequetur. — *L. 5. Cod. eadem.* Ignorare non debes, *non numeratae pecuniae exceptionem* ibi locum habere, *ubi quasi credita pecunia petitur.* Cum autem *ex praecedente causa debiti* in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, cum cavebatur, numerata sit; *sed an iusta causa debiti praecesserit.* S. Rom.

war diese Einrede an gar keine Zeit gebunden. Allein, um der Schikane vorzubeugen, fanden es die römischen Gesetzgeber in der Folge für gut, dieselbe in einen gewissen Zeitraum einzuschränken. Zuerst wurde dazu eine Jahresfrist bestimmt. Nachher dehnte man dieselbe auf eine Zeit von fünf Jahren aus[50]). Justinian beschränkte sie zuletzt in

 einen

Rom. TELLER Diss. de exceptione non numeratae pecuniae. *Lipsiae 1773.* und Meurers Lehre von der exceptio non numeratae pecuniae auf ihre genuinen Grundsätze zurückgeführt. In desselben juristi. Abhandlungen u. Beobachtungen 1. Samml. Leipzig 1780. 2. Aufsatz.

50) Es erhellet dieses aus den Fragmenten des Hermogenianischen Codex bey. *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejust. pag. 709. in welchen Tit. 1. *de cauta et non numerata pecunia* eine Verordnung unter der Aufschrift: AURELIUS *Alexio* vorkommt, welche folgendergestalt lautet: Ex cautione non numeratae pecuniae non *anni*, sed *quinquennii spatio* deficere, nuper censuimus. Wer der Kaiser AURELIUS sey, dessen in der Inscription gedacht wird, ist zweifelhaft. Schulting c. l. not. 2. hält den *C. Aurelius Valerius Diocletianus* für den Urheber, welcher anfangs allein herrschte, ehe er den Kr. Maximian zum Mitregenten annahm. Von diesen Kaisern wären auch alle übrigen Verordnungen in den Fragmenten des Hermogenianischen Codex. Hierzu komme noch, daß diese Verordnung von Sirmium datirt sey. Dies sey eine Stadt in Panonien, aus welcher mehrere Verordnungen von diesen Kaisern wären erlassen worden; als *L. 19. L. 24. L. 25. C. de pact. L. 19. L. 24. L. 39. Cod. de Transact.* Allein man sehe, was dagegen WALCH in Controv. iur. civ. p. 584. erinnert hat. *Ge. Sam.* MADIHN in Diss. de vera indole litterarum obligationis atque exceptionis non numeratae pecuniae. *Halae 1760.* §. 10. will vielmehr, mit Beziehung auf die *L. 8. C. de non num. pecun.* den Kaiser Alexander Severus für den Urheber des Quinquenniums halten. Denn daß auch dieser den Vornamen

einen Zeitraum von zwey Jahren, von Zeit der Ausstellung des Schuldscheins an gerechnet. Nach Ablauf dieser Zeit soll die exceptio non numeratae pecuniae nicht mehr Statt finden, sondern die Handschrift so vollkommen wider den Aussteller beweisen, daß er nun, ohne mit einem Gegenbeweis gehört zu werden, schlechterdings zur Bezahlung verurtheilt werden kann. Merkwürdig ist folgende Verordnung des Kaisers Justinian, wenn er *L.* 14. *C. de non num. pecunia* [51]) sagt:

In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur, non intra *quinquennium*, quod antea constitutum erat, *non numeratae pecuniae exceptionem* obiicere possit, qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit, vel successor eius; *sed intra solum biennium continuum, ut, eo elapso, nullo modo querela non numeratae pecuniae introduci possit:* his scilicet, qui propter aliquas causas specialiter legibus expressas etiam elapso quinquennio in praeteritis temporinamen *M. Aurelius* geführt hat, ist bekannt. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist doch wenigstens aus diesem Fragment soviel zu ersehen, daß nicht erst Kr. Honorius jenen fünfjährigen Zeitraum der exceptio non numeratae pecuniae vorgeschrieben habe, wie einige wegen *L. un. Cod. Theod. Si certum petatur de chirographis* haben behaupten wollen. Noch ist zu bemerken, daß statt *Ex cautione* mit Schulting richtiger *Exceptionem* zu lesen sey.

51) Auf diese Constitution bezieht sich Justinian *L.* 2. *I. de Exceptionib.* Es ist wohl nur für einen Druckfehler zu halten, wenn der große *Iacob* Gothofredus in Commentar. ad L. un. Cod. Theod. Si certum petat. Tom. I. pag. 249. sagt: *Id vero quinquennium* triennio *postea mutatum a* Iustiniano.

oribus adiuvabantur, etiam in posterum (*licet biennium pro quinquennio statutum est*) eodem auxilio potiaris [52]).

Es ist nun also nach dem neuern römischen Recht auf olgende Art zu unterscheiden, um die Wirkung eines chirographi beym Darlehn, und die Natur der exceptio on numeratae pecuniae näher kennen zu lernen. Wenn emand in einer Handschrift bekennet, Geld oder andere achen als ein Darlehn empfangen zu haben, und er wird raus actione mutui belangt, so sind entweder seit der usstellung derselben noch keine zwey Jahre verstrichen, er der Empfänger hat die Handschrift zur Zeit der angeellten Klage schon zwey Jahre ungestört besessen. Im m ersten Fall stellt das Römische Recht das von den allmeinen Regeln der Beweisführung ganz abweichende rincip auf, daß die Handschrift innerhalb der ersten zwey ahre wider den Aussteller durchaus nichts beweise, wenn er derselbe mit der exceptio non numeratae pecuniae egen schützt. Der Kläger muß also die geschehene Nuration auf andere Art erweisen. Es ist dies als eine z besondere Eigenheit dieser Exception zu betrachten, daß, die Gesetze solche gestatten, hierin zugleich auch die

Franc. BALDUINUS in Iustiniano pag. 16. (edit. d. a. 1596.) ist wegen der Zeit, da diese Constitution promulgirt worden t, in Verlegenheit. Huius enim legis subscriptionem, diem t Consulem desideramus, sagt er. Er vermuthet indessen, sie üsse im zweyten Jahre der Regierung des Kaisers Justinian gegeben worden seyn. Allein in jeder guten Ausgabe es Codex findet sich folgende Subscription: *Dat. Calend. Iul. onstantinopoli D. N. Iust. A. II. Cons.* 528. Es kann also ber das Zeitalter dieser Verordnung gar kein Zweifel seyn.

Bestimmung liegt, daß der ihr entgegenstehende Schuldschein gegen sie nichts beweise, sondern dessen Inhaber verbunden sey, auf andere Art dieselbe zu entkräften [53]). Daß die Last des Beweises auf den Kläger gewälzt wird, läßt sich zwar leicht erklären. Denn man erwäge, daß die exceptio non numeratae pecuniae in der That nichts anders, als eine negative Litiscontestation ist. Die Kaiser Diocletian und Maximian setzen hierin einen Hauptunterschied zwischen der vorgeschützten exceptio solutionis und der exceptio n. n. pec. wenn sie *L.* 10. *Cod. de non num. pec.* sagen:

Asseveratio *debitum solutum contendentis*, temporis diuturnitate non excluditur. Nec huic obloquitur, quod *exceptio non numeratae pecuniae* certa die non delata querela prius evanescat: cum inter eum, qui factum adseverans, onus subiit probationis, et negantem numerationem, (*cuius naturali ratione probatio nulla est*) et ob hoc *ad petitorem eius rei necessitatem transferentem*, magna sit differentia.

Allein das ist allerdings etwas Singulares, daß der Kläger selbst dann beweisen muß, wenn er einen Schuldschein des Beklagten in Händen hat, und daß diese Handschrift binnen zwey Jahren wider den Aussteller nichts beweißt, wenn er gleich den Empfang des eingeklagten Darlehns darin bekannt hat. Offenbar ist dies ein Vorzug jener Einrede, wozu man in dem ganzen Umfange der Beweistheorie ein gleiches Beyspiel vergeblich suchen wird.

Die

53) Man vergleiche hier vorzüglich B. W. Pfeiffers vermischte Aufsätze über Gegenstände des deutschen und römischen Privatrechts. Marburg 1803. S. 126. ff.

ie Gesetze gehen hier ohne Zweifel von der Vermuthung
is, Mancher könne im Drang seiner Bedürfnisse von
mjenigen, bey dem er Hülfe sucht, leicht zur Ausstellung
nes Schuldscheins verleitet werden, und nachher doch
in Geld erhalten. Cocceji[54]) erklärt sich hierüber sehr
chtig, wenn er sagt: Quod praesumtio sit contra acto-
em tum propter avaritiam creditorum, tum propter
ndigentiam debitorum. Creditor enim, qui pecuniam
i potestate habet, non praesumitur, nec solet ante
olvere, nisi prius cautio scribatur. Quis enim cre-
itor solvet pecuniam, nisi de eius restitutione plene
ɔsi cautum sit? et debitor indigentia pecuniae coactus
icile quasque avari creditoris conditiones admittit,
t ab eo desideratam cautionem ante numerationem
mittit. Si ergo debitor fatetur, numeratam esse pe-
uniam, suspecta fit illa confessio, quippe quae spe
umerandi ab indigente debitore avaro creditori facta
st. Es fragt sich aber, ob nicht bey der exceptio non
umeratae pecuniae zugleich auf die Zeit Rücksicht zu
ehmen sey, da die Numeration nach dem Inhalt des
Schuldbekenntnisses geschehen seyn soll? Einige[55]) wollen
ies wirklich behaupten; sie sagen die exceptio non nu-
meratae pecuniae finde nur dann gegen ein chirogra-
phum Statt, wenn der Aussteller bekennt, das Geld auf

die

4) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 22. Man sehe auch Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 4. Band Nr. LXXVII. §. 7. S. 201. ff.

5) Meurer in den juriſt. Abhandlungen u. Beobachtungen 1. Samml. 2. Aufsatz. 4. Kap. S. 47. und THIBAUT System des Pand. Rechts 3. B. §. 1180.

die Handschrift erhalten zu haben. Also nur, wenn das chirographum eine zur Zeit seiner Ausstellung geschehen seyn sollende Numeration bescheiniget. Sie falle hingegen weg, wenn die Zahlung in dem Empfangschein, als schon früher geschehen, ausdrücklich angeführt wird. Z. B. wenn die Handschrift so abgefaßt ist: Ich Endesunterzeichneter bekenne, daß mir Titius heute vor einem Jahre 1000 Thlr. baar geliehen habe. Gegen dieses chirographum finde keine exceptio non numeratae pecuniae Statt. Daß es auf die Zeit der Numeration ankomme, soll

1) aus *L.* 5. *C. de non num. pecunia* erhellen, wenn es daselbst heißt:

Ignorare autem non debes, *non numeratae pecuniae exceptionem* ibi locum habere, *ubi quasi credita pecunia petitur.* Cum autem *ex praecedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur*, non requiritur, an tunc, cum cavebatur, numerata sit, sed an justa causa debiti praecesserit.

2) *L.* 13. *C. eodem.* Generaliter sancimus, ut si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non jam ei licentia sit causae probationem stipulatorem exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat: nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta, religionem iudicis possit instruere, quod in alium quenquam modum, et non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit. Nimis enim indignum esse iudicamus, quod sua quisque voce dilucide protesta-

ſtatus eſt, et in eundem caſum infirmare, teſtimoque proprio reſiſtere.

Allein erwägt man, daß ſich beym Darlehn durchaus ine andere cauſa debiti gedenken läßt, als welche durch e Numeration begründet wird, ſo kann wohl der Unterſied, den die angeführten Geſetze bey der exceptio non ımeratae pecuniae machen, nicht der Verſchiedenheit der :it zugeſchrieben werden, da die Numeration geſchehen)n ſoll. Nein, nicht darum, weil der Schuldſchein s Bekenntniß einer ſchon vor Ausſtellung derſelben ſchehen ſeyn ſollenden Numeration enthält, fällt die exceptio non numeratae pecuniae weg, ſondern weil dem)arlehn des Gläubigers ein in der Handſchrift beſonders ıgeführtes rechtliches Geſchäft vorhergieng, wodurch die orderung des Gläubigers begründet wurde, darum kann er von dem weitern Beweis der Numeration nicht mehr e Rede ſeyn. Chirographum ex praecedente cauſa debiti bedeutet demnach, wie Pfeiffer[56]) ganz richtig ſagt, ne ſolche Verſchreibung, wodurch die Leiſtung einer Schuld ſcheiniget wird, die ſchon vor der actuellen Zahlung chtsverbindlich exiſtirte. Bezieht ſich nun der Gläubiger :y ſeiner angeſtellten Klage auf einen ſolchen Zahlungsſchein, und der Beklagte läugnet deſſen Inhalt, ſo iſt es ar, daß es hier nur auf die praecedens cauſa debendi ankommt. Auf dieſen Fall geht das von den Geſetzen mit :r exceptio non numeratae pecuniae verknüpfte Privilegium nicht, hiergegen gilt vielmehr der producirte Empfangſchein mit voller Beweiskraft: hoc enim caſu promiſſor ſuis confeſſionibus acquieſcere debet, wie *L.* 13. *C. de*

N.

6) In den angeführten vermiſchten Aufſätzen S. 144.

N. N. P. sagt. Der Unterschied, welchen die angeführten Gesetze in Bestimmung der Beweiskraft eines chirographi machen, besteht also nach einer richtigern Erklärung derselben vielmehr darin. Der Schuldschein enthält entweder weiter nichts, als ein Bekenntniß des Ausstellers, daß die Numeration geschehen sey, worin der Inhaber desselben den Grund seiner Klage gesetzt hat, oder es wird darin bescheiniget, daß ein anderes Geschäft vorausgegangen sey, zu dessen Existenz die Numeration nicht wesentlich nöthig ist, z. E. Mandat, Kauf- oder Pachtcontract; wodurch die Forderung des Gläubigers begründet wurde, über welche von dem Beklagten der Schuldschein ausgestellet worden ist. Nur in dem ersten Falle kann der Beklagte die Einrede der nicht erfolgten Numeration, so lange die gesetzliche Frist von zwey Jahren noch nicht verstrichen ist, mit der Wirkung vorschützen, daß der Kläger den Beweis des Anlehns nicht durch den Schuldschein führen kann, sondern darüber andere Beweise beybringen muß. Denn hier wird rechtlich präsumirt, die Handschrift sey nur auf Hoffnung ausgestellt. In dem andern Falle hingegen beweißt die Handschrift vollkommen gegen den Aussteller, wenn die causa praecedens darin deutlich ausgedruckt ist, und der Beklagte kann, wenn er den Inhalt derselben dennoch läugnen sollte, hierüber keinen andern Beweis von dem Kläger verlangen, sondern muß selbst darthun, daß er, des schriftlichen Bekenntnisses ungeachtet, dennoch nichts schuldig sey. Z. B. A. hat für den B. vermöge erhaltenen Mandats Gelder erhoben. Diese hat ihm B. als ein Darlehn zu behalten verstattet. A. stellt hierüber eine Handschrift aus, und bekennt darin, 100 fl. für den B. vermöge eines erhaltenen Mandats von desselben

Schuld-

Schuldner erhoben zu haben, welche ihm B. als ein Darlehn zu behalten gestattet habe, und verspricht solche nach einem Jahre zu bezahlen. Klagt nun B. nach Ablauf des Jahres gegen den A., so kann hiergegen die Einrede des nicht erhaltenen Geldes nicht vorgeschützt werden, sondern seine Handschrift beweißt vollkommen gegen ihn; und er muß zur Bezahlung condemnirt werden, wofern er nicht sonst eine Einrede z. E. der Simulation, des Irrthums, oder Betrugs u. d. vorzubringen und zu erweisen im Stande ist. Auf diese Einreden zielen ohne Zweifel die Anfangsworte der *L.* 5. *C. de N. N. P.* wo es heißt:

Adversus petitiones adversarii si quid iuris habes, uti eo potes;

wie Hugo Donellus[57]) ganz richtig bemerkt hat. Zur mehreren Bestärkung meiner Erklärung will ich noch die griechische Uebersetzung von beyden Stellen aus den Basiliken[58]) hinzufügen. In diesen lautet

1) die *L.* 5. *Cod. de non num. pec.* folgendermaßen: *Τότε ἀντίκειται ἀναγγραφία τῷ χειρογράφῳ ὅτε οὕτως γίνεται ὡσανεὶ γεγαμένης ἀριθμήσεως. ὅτε δὲ τὸ χειρόγραφον ἐξετέθη φησὶν ἂν γε ἐν τῷ χειρογράφῳ περὶ προγεγενημένης χρέους ὁμολογήσει, οὐ ζητοῦμεν εἰ τότε ἠριθμήθη, ὅτε ἐχειρογράφησεν, ἀλλ' εἰ ἐξ ἀρχῆς ἐχρεώστησεν.* i. e. *Exceptio non numeratae pecuniae chirographo tunc opponitur, cum ita fit, quasi numeratio secuta sit. Cum autem in chirographo velut ex praecedente causa debitum promittitur, non requirimus, an tunc, cum emis-*

57) Commentar. ad L. 5. C. de non num. pecun. pag. 176.

58) Tom. III. Lib. XXIII. sec. Parte Tit. 1. Constit. 67. et 75. pag. 328. et 330.

emissum est, pecunia numerata sit, sed an ab initio debitor fuerit, qui cavit.

2) *L.* 13. *C. eodem.* Η διάταξις βούλεται τὸν φανερώσαντα ἐν τῇ ὁμολογίᾳ τὰς αἰτίας ἐξ ὧν ἐχρεώστησεν, αὐτὸν βαρεῖσθαι τῇ ἀποδείξει, ὅτι μὴ χρεωστῶν ἐχειρογράφησεν. i. e. *Constitutio vult, ut, qui causas edixit in confessione sua, propter quas debitum contraxit, probationibus oneretur, quod, cum nihil deberet, chirographum conscripserit.*

Zur Erläuterung dieser Stellen kann noch insonderheit *L.* 11. *Cod. eodem.* dienen. Hier heißt es:

Si *transactionis causa* dare Palladio pecuniam stipulanti spopondisti, exceptione non numeratae pecuniae defendi non potes[59]).

Es war hier über eine Vergleichssumme eine Handschrift ausgestellet worden. Palladius klagt daraus auf die

59) Die Gothofredischen Ausgaben, auch die Leeuwenschen nicht ausgenommen, lesen hier, statt POTES, *potest*. Allein diese Lesart giebt dem Gesetz einen ganz unrichtigen Sinn. Denn *potest* müßte ja dann auf Palladium stipulantem gehen, wie auch wirklich Pfeiffer a. a. O. S. 146. Not. i. durch jene unrichtige Lesart des Godefroi verführt, gethan hat. Die richtigere Lesart *potes* haben alle bessere Ausgaben, als Baudoza, Russard, Charondas und Spangenberg. Die Richtigkeit dieser Lesart bestärken auch die *Basilica*, in welchen Tom. III. Lib. XXIII. P. 2. Tit. 1. Const. 73. pag. 330. die L. 11. folgendergestalt lautet: Ο ἀπὸ διαλύσεως ἐπερωτηθεὶς παρασχεῖν, ἂν ἀντιτίθηται τὴν τῆς ἀναιγυρίας παραγραφήν. i. e. *Qui transactionis causa dare pecuniam stipulanti spopondit, exceptione non numeratae pecuniae se tueri non potest.*

le Bezahlung derſelben. Hiergegen findet die exceptio on numeratae pecuniae nicht Statt, weil hier die Schuld icht durch die Numeration, ſondern durch eine cauſa de- itri praecedens entſtand. Die Handſchrift beweißt alſo ollkommen wider den Ausſteller.

Ich habe nun gezeigt, was die Geſetze der exceptio . N. P. für eine Wirkung beylegen, wenn ſie gegen ein ıirographum binnen den erſten zwey Jahren ſeit der Aus- ellung deſſelben vorgeſchützt wird. Ich habe die Gründe ıgegeben, warum die Geſetze der Handſchrift über den mpfang eines Darlehns binnen dieſer Zeit alle Beweis- aft entzogen haben. Es iſt nun noch der oben angegebe- andere Fall übrig, nämlich, wenn aus der Handſchrift ch zwey Jahren auf das Darlehn geklagt wird. Hier ıdet nach dem neuern Römiſchen Recht die excep- ı non numeratae pecuniae nicht weiter Statt, wenn ich der Beklagte den Beweis des Nichtempfangs zu füh- ı bereit wäre. Der Ausſteller der Handſchrift, ſo wie ch deſſelben Erbe muß nun ſchlechterdings bezahlen, nicht ll er den eingeklagten Gegenſtand empfangen hat, nein, von iſt nun keine Frage mehr, ſondern weil ihn der ısſteller empfangen zu haben ſchriftlich verſichert hat. ıf ſolche Art entſteht alſo aus der Handſchrift, wenn he der Empfänger zwey Jahre ohne Widerſpruch des sſtellers beſeſſen hat, ein neuer modus obligandi, wel- r in dem Syſtem des Römiſchen Rechts *litterarum gatio*, von den Neuern aber *contractus litteralis* oder *ographarius* genennt wird. Daß dieſe Vorſtellungsart, che auch von den meiſten Rechtsgelehrten [60]) angenom- men

[60]) Man vergleiche *Io. Zach.* HARTMANN Diſſ. de non putativo ontractu litterali. *Kiloniae 1730.* *God. Lud.* MENCKEN Diſſ. de

men wird, allerdings gegründet ſey, läßt ſich aus folgenden Stellen des Römiſchen Rechts ganz klar erweiſen. Am beweiſendſten hierüber iſt ſowohl der beſtimmten Darſtellung wegen, als weil gerade hierbey der Zweck war, die eigentliche Beſchaffenheit der Sache für Anfänger auseinander zu ſetzen, der Inſtitutionen Titel *de litterarum obligationibus* Lib. III. Tit. 21. Er lautet folgendergeſtalt:

Olim ſcriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non ſunt in uſu. Plane ſi quis debere ſe ſcripſerit, quod ſibi numeratum non eſt: de pecunia minime numerata poſt multum temporis exceptionem opponere non poteſt: hoc enim ſaepiſſime conſtitutum eſt. Sic fit, ut et hodie, dum queri[61]) non poteſt, ſcriptura obligetur: ut ex ea naſcatur

de vera indole litterarum obligationis et exceptionis non numeratae pecuniae. *Lipſiae 1749.* *Ge. Sam.* MADIHN Diſſ. de vera indole litterarum obligationis atque exceptionis n. n. p. earumque uſu in foris noſtris ceſſante. *Halae 1760.* *Aug. Cornel.* STOCKMANN Diſſ. de litterarum obligatione. *Lipſiae 1782.* *Nic. Henr.* MAASSEN Specim. de contractus litteralis natura. *Altorfii 1783.* *Henr. Gerh.* SCHUMACHER Diſſ. qua explanatur natura contractus chirographarii iure Rom. et veteri et novissimo. *Goettingae 1787.* Außerdem noch *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Quaeſt. 18. et ad Eundem EMMINGHAUS not. q. Tom. II. pag. 126. ſqq. *Arn.* VINNIUS in Commentar. ad Tit. I. de litterar. obligat. nr. 7. ſq. *Ev.* OTTO in Comm. ad eund. Tit. pag. 440. edit. *Harpprechti.* u. WALCH Introd. in controverſ. iur. civ. pag. 581.

61) So iſt unſtreitig, ſtatt *quaeri*, zu leſen. Dieſe richtigere Lesart haben Haloander, Hugo a Porta, und Baptiſta de Torris.

ir condictio, cessante scilicet verborum obligatione. ultum autem tempus in hac exceptione antea quidem : principalibus constitutionibus usque ad quinquen- um procedebat: sed ne creditores diutius possint is pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem ostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas iusmodi exceptio minime extendatur.

Justinian gedenkt hier zuvörderst des schon lange zu nen Zeiten zu einer Antiquität herabgesunkenen *contra- us nominum*. Worin dieser ältere Litteralcontract standen habe, ist ein Problem, bey dessen Auflösung so- hl die größten Rechtsgelehrten, als Philologen von je- : viel Schwierigkeiten gefunden haben [62]). Denn die

dar-

) Man vergleiche *Franc.* HOTOMAN Commentar. ad Tit. Insti- tut. de litterar. obligat. pag. 351. GRAEVIUS in animadvers. ad Ciceron. Oration. pro Roscio Comoedo cap. 5. Tom. I. P. I. pag. 237. MENARDUS in Observat. ad eand. Orat. Ciceronis pag. 224. SALMASIUS Lib. de Usuris cap. 6. et de modo usurarum Lib. II. cap. 10. *Defid.* HERALDUS Observation. ad us Attic. Lib. I. cap. 11. *Barn.* BRISSONIUS de Formulis et so- emnib. Pop. Rom. Verb. Lib. VI. Nr. CIX. p. 511. GALVANUS de Usufructu, Cap. XVII. §. 8. pag. 179. sqq. edit. *Tübing. Iac.* REVARDUS Varior. Lib. III. c. . GUNDLING Obligatio nomi- ibus facta, itemque litterarum, in *Gundlingianis* P. XL. Nr. 2. ag. 410. und in einer eleganten lateinischen Uebersetzung der Leipziger Ausgabe von des Theophilus Paraphrasi graeca nstitut. Tom. II. Excurs. XVII. pag. 1212. sqq. beygefügt. HEI- ECCII Syntag. Antiquitat. Roman. Lib. III. Tit. 22. §. 1. sqq. 9. *Nagem.* ENDERS Diss. inaug. περὶ τῆς ἐν γράμμασιν ἐνοχῆς ὧν ευρισκομένου Θεοφίλου Αντικηνσωρος. s. de litterarum ob- gatione Theophili, visiones legitimae. *Wirceburgi 1778.* EM. des Civilr. 6. Band. 12. Th. H MING-

darüber in den Classikern und den Fragmenten der Römischen Rechtsgelehrten enthaltenen Winke sind theils zu sparsam, um sich von diesem Contract eine ganz deutliche Idee zu machen; theils scheinen aber auch selbst die Vorstellungsarten der Alten nicht mit einander übereinzustimmen, indem der Litteralcontract, welchen Theophilus beschreibt, ganz von dem verschieden zu seyn scheint, von welchem uns Cicero und andere Classiker Nachricht geben. Diese Widersprüche lassen sich indessen wohl vereinigen, wenn man annimmt, daß der Contract nach Verschiedenheit der Zeiten in mehr als einer Form abgeschlossen worden ist. Wir wollen uns zunächst an den griechischen Paraphrasten halten, welcher, als Mitarbeiter an den Institutionen des Kys Justinian, wofür man nun wohl diesen Theophilus ohne allen Zweifel halten kann[63]), doch gewiß am besten zu sagen wußte, was Justinian unter der veralteten obligatio nominum verstand. Theophilus giebt uns nun in seiner Paraphrase folgenden Aufschluß.

Ἡ δὲ litteris τὸ παλαιὸν τοιοῦτον ἐπεδέχετο ὅρον. Litteris ἐστὶ, τὸ παλαιὸν χρέος εἰς καινὸν δάνειον μετασχηματιζόμε-

MINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 18. not. q. besonders L. Harscher von Almendingen über Urkundenedition und Argentarien §. 5. in Grolmans Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts 1. Band S. 324. und von Almendingen über die Rationes domesticae der Römer zu den Zeiten der freien Republic; in dem angeführten Magazin 2. Band S. 178. ff. wo er den *contractus nominis l. litteralis* nach seiner ursprünglichen Beschaffenheit aus dem Institut der rationum domesticarum und des Argentariats vortreflich erklärt hat.

63) S. *Phil. Bern.* DEGEN Bemerkungen über das Zeitalter und die Institutionen-Paraphrase des Theophilus. 2. Abschn.

ήμενον ἐμμαι καὶ γεγράμμασι τυπικοῖς. Εἰ γάρ τις ἐχρεώσει οι ἑκατὸν νομίσματα ἀπὸ ἀγορασίας ἢ μισθώσεως ἢ δανείσμα-ος, ἢ ἐπερωτήσεως, (πολλαὶ δὲ τῶν χρεῶν προφάσεις:) βελόμην δὲ τοῦτον ὑπεύθυνον ποιῆσαι τῇ litteris ἐνοχῇ, ναίγκη ἦν τυπικὰ λέγειν καὶ γράφειν τὰ ῥήματα πρὸς αὐτὸν, ἐνοχον ἠβελόμην τῇ litteris ποιῆσαι ἐνοχῇ. Ἦν δὲ ταῦτα ὲ ῥήματα, ἄτινα καὶ ἐλέγετο καὶ ἐγράφετο· Τοὺς ἑκατὸν ρυσοῦς, οὓς ἐμοὶ ἐξ αἰτίας μισθώσεως χρεωστεῖς, σὺ ἐκ ινθήκης καὶ ὁμολογίας δώσεις τῶν οἰκείων γραμμάτων; τα ἐνεγράφετο, ὡς ἀπὸ τοῦ ἐνοχὰ ἤδη γενομένα ἐκ τῆς μισ-ώσεως, ταῦτα τὰ ῥήματα· Ἐκ τῆς συνθήκης ὀφείλω τῶν ιείων γραμμάτων. Καὶ ἡ μὲν προτέρα ἐνοχὴ ἀπεσβέννυ-, καινοτέρα δὲ ἐτίκτετο, τουτέστιν ἡ litteris. Αὕτη δὲ ἐκ ὧ ἐν γράμμασιν εἶναι τὴν ὀνομασίαν ἐδέξατο. i. e. *Litterarum* autem *obligatio* olim hanc recipiebat definitionem: *terarum obligatio* eſt vetus debitum per verba et ipta ſolemnia transformatum in novum creditum. am ſi quis centum mihi aureos debebat ex emtione l locatione, vel mutuo vel ſtipulatione, (multae aun ſunt debitorum cauſae) egoque hunc vellem litte- obligatum mihi reddere: *neceſſe erat ſolemnia verba ere et ſcribere ad eum, quem litteris obligare mihi velen.* Erant autem haec verba, quae et dicebantur ſcribebantur: *Centum aureos, quos mihi ex cauſa locaonis debes, tu ex conventione et confeſſione litterarum tuaun dabis?* Deinde adſcribebantur, ut ab eo, qui iam locatione obligatus eſſet, haec verba: *Ex conventione debeo litterarum mearum*[64]). Et prior obligatio

[64]) Ich habe mich hier ganz nach der Reitziſchen Ausgabe deß Theophilus gerichtet, und daher auch die Reitziſche Ueberſetzung

extinguebatur, nova autem, id est *litterarum*, nascebatur. Haec vero ex eo, *quod in scriptis consisteret*, adpellationem accepit.

Nach dieser Beschreibung des Theophilus war also die alte *nominum* oder *litterarum obligatio*, deren Justinian in seinen Institutionen, als Antiquität, gedenkt, eine Art von Novation, wodurch eine schon vorhandene Schuldverbindlichkeit, sie mochte aus einem Darlehn, oder Kauf oder sonst aus einem Contract entstanden seyn, mittelst einer mündlich ausgesprochenen Formel aufs neue anerkannt, und diese Formel in einen schriftlichen Aufsatz gebracht wurde, so daß nun die vorige Verbindlichkeit aufgeho-

setzung dieser Stelle wörtlich beybehalten, weil sie mit dem griechischen Text genau übereinstimmt. Ich muß indessen hier bemerken, daß die Ausgabe des Fabrotus von den übrigen abweicht, und, statt der griechischen Worte, folgende lateinische Formeln hat: *Centum aureos, quos mihi ex causa locationis debes, expensos tibi tuli? — Expensos mihi tulisti.* Anton Schulting in Iurisprud. Antejustin. pag. 163. Heinecctus in Antiquitat. Rom. Lib. III. Tit. 22. §. 4. not. b. und Höfacker in Princip. iur civ. Tom. III. §. 2042. not. a. geben der Fabrotischen Ausgabe den Vorzug. Allein Reitz hat in seiner Note zu Theophilus Tom. II. pag. 671. dagegen sehr gründlich erinnert, daß diese Formeln schon darum nicht richtig seyn können, weil es ja ungereimt gewesen wäre, den Schuldner nicht über seine eigene, sondern über die Handlung des Gläubigers zu befragen. Es hätte also, statt jener Formel bey Fabrot, der Gläubiger vielmehr den Schuldner so fragen müssen: *Centum aureos — acceptos mihi retulisti?* oder *tibi a me expensos tulisti?* und die Antwort des Schuldners hätte so lauten müssen: *acceptos tibi retuli*; oder *expensos tuli.* Er hat also mit Recht dem griechischen Text den Vorzug gegeben.

hoben war, und blos aus dem neu errichteten schriftlichen Contract geklagt werden konnte. Theophilus ist zwar on mehreren wegen dieser Vorstellungsart getadelt worden [61]). Salmasius [66]) sagt sogar dem Paraphrasten eradezu ins Gesicht, er habe von der ganzen Sache nichts erstanden; und Hotoman hält das alles für absurd, was Theophilus von der feyerlichen Umschaffung der alten Verbindlichkeit in eine litterarum obligatio gesagt hat. llein Viselius [67]), Schulting [68]) und Galvanus [69]) ben dem griechischen Rechtslehrer alle Gerechtigkeit wieder ihren lassen. Theophilus lebte ja zu einer Zeit, wo m alle Hülfsquellen zur Erklärung der Institutionen zu ebote standen. Wer sollte also wohl glauben, er habe is täuschen wollen, da er die Schriften eines Cajus, lpianus, und der übrigen römischen Rechtsgelehrten, elche damals noch vollständig vorhanden waren, zur and hatte, aus denen er ohne Zweifel seine Erklärung schöpft hat, und aus welchen er sich gewiß richtiger beren konnte, als diejenigen, welche ihn wegen seiner Erirung tadeln. Daß der Litteralcontract bey Cicero und dern römischen Classikern in einer andern Form erscheint, s der, welchen Theophilus beschreibt, kann nichts gen ihn beweisen. Man unterscheide die Zeiten und Sitten r Römer. Ursprünglich stand freylich der contractus

) Man sehe hier besonders ENDRES Diss. cit. §. 17—19.

) De usuris cap. 6.

) ad *Caji* Institut. Lib. II. Tit. 9. §. 12. not. 76. in SCHULTING urisprud. Antejust. pag. 161.

) Ad eund. *Caji* locum. Ibidem pag. 163.

De usufructu Cap. XVII. pag. 180.

nominum, oder die obligatio litterarum mit den rationibus domesticis in dem genauesten Zusammenhange. Jeder auf bürgerliche Achtung Anspruch machende römische Patersamilias führte eine genaue Rechenschaft über seine tägliche Einnahme und Ausgabe. Er führte sie für sich und für den Staat zugleich; für den letztern, damit dieser nichts von den Steuern verliere, welche das Gesetz dem Güterbesitzer auferlegte; für sich, damit ihm die Stufe von politischer Wichtigkeit gesichert bleibe, welche ihm der census angewiesen hatte. Ueber die tägliche Ausgabe und Einnahme wurde ein Journal, oder, wie wir es auch nennen würden, ein Manuale geführet. Diese Annotationen, die nur memoriae causa flüchtig niedergeschrieben wurden, hießen *Adversaria*[70]). Aus dem Inhalt des Manuals wurden von Zeit zu Zeit, vielleicht von einem Monat zum andern, dem Censor heilsig vorzulegende, einer beständigen Verwahrung im Familienarchiv gewidmete Rechnungen gebildet. Sie hießen *rationes domesticae, tabulae*, oder *codices accepti et expensi*[71]).

Das

70) Man vergleiche *Andr.* ALCIATI Disputation. Lib. II. c. 29. et Παρεργων iur. civ. Lib. VIII. cap. 7. *Io.* CORASII Miscellan. iur. civ. Lib. I. cap. 18. nr. 4. *Petr.* COSTALII Adversar. P. I. ad L. 1. D. de edendo pag. 91. und *Hieron.* VULTEII Disceptat. Scholast. Lib. I. cap. 6. Wie konnte der große Cujaz Observation. Lib. VIII. cap. 15. von sich sagen: *Adversariorum notationem me non satis compertam habere, ingenue confiteor!*

71) CICERO *pro Roscio Comoedo cap.* 2. sagt: Quid est, quod *negligenter* scribamus *adversaria?* Quid est, quod *diligenter* conficiamus *tabulas?* qua de causa? quia haec sunt menstrua, illae sunt aeternae; haec delentur statim, illae servantur sancte: haec parvi temporis memoriam, *illae perpetuae existimationis fidem*

Das Bedürfniß des Aerariums, über die vollständige Erhebung der Steuern gesichert zu seyn, hatte zwar diese Tabulae erzeugt. Allein auch in der Folge, als nach der Beendigung des letzten Macedonischen Krieges dieses Bedürfniß, und alle directe Besteuerung aufhörte, war es dem Staat dennoch nicht gleichgültig, ob codices accepti et expensi geführt wurden, oder nicht. Zur Organisirung der Centurien waren sie unentbehrlich. Denn die in den Classen und Centurien jedem Bürger zukommende Stellen wurden nach dem Vermögenszustande bestimmt. Jeder Bürger war daher gleichsam als Mitregent des Staats berufen, ein guter Haushalter zu seyn, und, daß er es sey, durch seine codices accepti et expensi zu beweisen. Der durch diese Tabulae festgesetzte Zustand seines Vermögens, — das Resultat der dem Staat über die Verwaltung desselben abgelegten Rechenschaft, — wurde in das vom Censor geführte Vermögens-Kataster (tabulae censuales) eingetragen, und so wurden dann die Documente seiner Häuslichkeit im Staatsarchiv (Tabularium) verewigt [72]). Wer dem census lustralis mit seiner Hausrechnung nicht bekannt, entgieng der notae censoriae nicht [73]). Die Folgen dieses Instituts für das Privatrecht waren sehr wichtig. Denn die tabulae sicherten den Beweis von rechtlichen

fidem et religionem amplectuntur: haec sunt dejecta, illae in ordinem confectae.

[72]) Vergl. *Io. God.* NICOLAUS lib. de tabulariis urbis Romae. *Lipsiae 1736.* Cap. 2.

[73]) CICERO *in Verrem* Lib. I. cap. 23. Nur der filiusfamilias, selbst wenn er ein peculium gehabt hätte, hatte keine tabulae aufzustellen. CICERO *pro M. Coelio* cap. 7. sagt: „Tabulas, *qui in patris potestate sit*, nullus confecit.“

chen Verhältnissen und Geschäften [74]). Ihr Inhalt erhielt eine gerichtliche Glaubwürdigkeit, auf welche die Adversaria keinen Anspruch hatten [75]). Sie mußten je bey jedesmaliger Schatzung beschworen werden [76]); und enthielten daher, wie Cicero sich ausdrückt, perpetuae existimationis fidem et religionem. Hieraus erklärt sich nun auch die ursprüngliche Form des veralteten contractus nominum: Der Gläubiger zeichnete den Vorschuß, welchen er seinem Mitbürger an Geld oder anderen Sachen geleistet hatte, in seine tabulae auf den Namen des Schuldners, als ein expensum, ein; der Schuldner erkannte ihn dagegen in seinen tabulis auf den Namen des Gläubigers, als ein acceptum, an. Indem nun ein Theil in seiner auf Pflicht und Gewissen geführten häuslichen Rechnung den andern schriftlich als Schuldner erkannte, der andere aber in gleichem Augenblick in seiner eben so pflichtmäßig geführten häuslichen Rechnung sich schriftlich zum Schuldner bekannte, war der *contractus naminis* geschlossen; und diese Art zu creditiren hieß

74) Cicero rühmt deren Nutzen selbst in *Orat. pro Cluentio* c. 30. wenn er sagt: Confecit Cluentius tabulas diligentissime. *Haec autem res habet hoc certe, ut nihil possit neque additum, neque detractum de re familiari latere.*

75) CICERO *pro Roscio Comoedo cap.* 3. Adversaria in iudicium protulit nemo; *codicem protulit; tabulas recitavit.* Tu, C. Piso, tali fide, virtute, gravitate, auctoritate ornatus, ex adversariis pecuniam petere non auderes.

76) DIONYS. HALICARNASS. *Antiquitat. Rom.* Lib. IV. p. 221. CARSIGONIUS de antiquo iure civ. Rom. Lib. I. c. 14. *Onuphr.* PANVINIUS de civitate Rom. cap. 32. *Iust.* LIPSIUS de magistrat. Rom. cap. 18. und ENDRES in Diss. cit. §. 8. pag. 24.

leß *Expenſilatio*[77]). Klagte nun der Gläubiger aus dem ſolchen Contract, ſo begründete und beurkundete er die Klage zugleich durch Darlegung ſeines codex accepti et expenſi. Seine in ſeiner eigenen Sache verfertigte Urkunde würde freylich nichts bewieſen haben, wenn der Gegner ſeine tabulae ebenfalls aufgelegt, und das Stillſchweigen derſelben über den behaupteten Contract nachgewieſen hätte[78]). Allein dann hatte auch der eine oder der andere Theil ſich eines infamirenden dolus ſchuldig gemacht, und bürgerliche Schande war ſeine Strafe[79]). Die Uebereinſtimmung der gegen einander gehaltenen tabulae der Contrahenten, worauf ſich das *expenſum ferre alicui*, und das *acceptum referre* bezog, machte alſo bey dieſem Contract die cauſa civilis aus, wodurch die *obligatio litterarum* urſprünglich erzeugt wurde[80]). In der Folge gab es

7) CICERO *pro Roſcio Comoedo* cap. 5. und GELLIUS *Noct. Atticar.* Lib. XIV. cap. 2. Vergleiche hier vorzüglich von Almendingen über die rationes domeſticae der Römer; in Grolmans Magazin für die Philoſophie und Geſchichte des Rechts und der Geſetzgebung. 2. Band S. 178. ff.

8) CICERO *pro Roſc. Comoedo cap. 1.* Quodſi ille (*Fannius*) ſuas proferet tabulas, proferet ſuas quoque *Roſcius*. Erit in illius tabulis hoc nomen: at in huius non erit. Cur potius illius, quam huius credetur? Scripſiſſet ille, ſi non iuſſu huius expenſum tuliſſet? non ſcripſiſſet hic, quod ſibi expenſum ferri iuſſiſſet?

9) CICERO *c. l.* Quemadmodum turpe eſt ſcribere, quod non debeatur: ſic improbum eſt, non referre, quod debeas. Aeque enim tabulae condemnantur eius, qui verum non retulit: et eius, qui falſum perſcripſit.

o) Anderer Meinung iſt zwar MADIHN in Diſſ. de vera indole litterar. obligationis §. 4. auch MAASSEN läugnet in Diſſ. de con-

es zwar keine rationes domesticae mehr. Sie hörten auf, nachdem keine Comitien mehr gehalten wurden. Denn nun fiel das öffentliche Interesse weg, welches den römischen Bürger zur Zeit des Freystaats an die genaue Führung seiner rationum domesticarum fesselte. Das Privatinteresse hingegen mußte den größten Theil der Nation zur stillschweigenden Aufhebung dieses Instituts bestimmen, weil diese nämlichen tabulae oft der Verräther von Familiengeheimnissen waren; ihrem Eigenthümer die nota censoria zuziehen konnten; ja selbst bey Anklagen häufiger Be-

contractus litt. natura. §. 3. daß aus der alten Expensilation eine literarum obligatio hergeleitet werden könne, weil nicht die Scriptur, sondern die Numeration die causa civilis des contractus nominum gewesen sey, und der codex expensi et accepti blos zum Beweis gedient habe. Allein man irrt sich, wenn man die in dem codex expensi et accepti aufgewiesene mit dem acceptum relatum des Schuldners nothwendig verbundene Expensilation für den bloßen Beweis des contractus nominum halten will. Es fällt hier, wie bey unsern Wechselgeschäft, die Urkunde mit dem Beurkundeten zusammen. Die Expensilation, so wie sie aus den tabulis des Gläubigers und des Schuldners hervorgieng, war nichts anders, als der Contract selbst, der in und mit der Urkunde existirte. CICERO *in Orat. pro Rosc. Comoedo* cap. 5. unterscheidet genau zwischen *numeratio*, und *expensilatio*, und legt der letzten gleiche Wirkung mit der Stipulation bey. Iam duae partes causae sunt confectae: *adnumerasse* sese negat: *expensum tulisse* non dicit, *cum tabulas non recitat.* Reliquum est, ut *stipulatum* se esse dicat. Praeterea enim, quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio. — *Pecunia petita est certa.* — Haec pecunia necesse est aut *data*, aut *expensa lata*, aut *stipulata* sit. S. von Almendingen a. a. O. des Magazins 2 B. 2 St. 216 Not. h.

Beweiſe der Schuld, als der Unſchuld lieferten [81]). Daß dem wirklich ſo ſey, ſagt uns ſehr beſtimmt der unverwerfliche Zeuge Asconius Pädianus [82]). Deswegen lebte aber der contractus nominum doch noch in andern Formen fort. Denn die Form dieſes Contracts war nicht nothwendig an die codices accepti et expenſi des Gläubigers und des Schuldners gebunden. Der Contract konnte in einer eben ſo rechtsgültigen Form in den tabulis eines andern, oder mehrerer anderer, die man, um recht ſicher zu gehen, als Zeugen hinzuzog, oder in dem codex gemeinſchaftlicher Freunde, oder eines oder mehrerer Unterhändler (pararii), durch welche das ganze Geſchäft zu Stande gekommen war, vorhanden ſeyn [83]). Möchten nun auch

81) Wie wichtig das Inſtitut der tabulae accepti et expenſi bey Criminaluntersuchungen geweſen ſey, hat H. von Almendingen a. a. O. S. 183. ff. vortreflich ausgeführt.

82) Ad *Ciceronem in Verrem Lib. I. cap. 23.* Moris fuit, unumquemque domeſticam rationem ſibi totius vitae ſuae per dies ſingulos ſcribere, ex quo appareret, quid quiſque de reditibus ſuis, quid de arte, foenore, lucrove ſepoſuiſſet quoque die, et quid item ſumtus damnive feciſſet. *Sed poſtquam obſignandis litteris reorum ex ſuis quisque tabulis damnari coepit, ad noſtram memoriam tota haec vetus conſuetudo deſſavit.*

83) SENECA *de Benefic. Lib. III. cap. 15.* Adhibentur ex utraque parte teſtes. *Ille per tabulas plurium nomina, interpoſitis pariviis, facit.* O turpem humano generi fraudis ac nequitiae publicae confeſſionem! Man ſieht aus dieſer Aeußerung des Philoſophen, daß die Partheyen auch durch wechſelſeitiges Mißtrauen zu der Uebereinkunft beſtimmt werden konnten, das Geſchäft durch fremde tabulas beurkunden zu laſſen. Hierher gehört auch die Stelle des CICERO *ad Atticum Lib. IV. Ep. 17.* Haec pactio non verbis, *ſed nominibus et perſcriptionibus multorum*

nimmerhin die Contrahenten keine eignen tabulae mehr führen, und aus diesen tabulis keinen contractus nominis mehr klagbar machen können, so halfen sie sich durch fremde tabulae. In der That hatte auch hier der Kläger mehr zu besorgen, als wenn der Contract aus eignen tabulis producirt wurde. Denn durch seine tabulae und durch die in diesen befindliche Expensilation konnte er nichts beweisen, wenn das auf diese Expensilation sich beziehende acceptum relatum in den tabulis des Schuldners fehlte [84]). Legte er dagegen die Tabulae eines Dritten auf, so mußte erst dieser Dritte als erkaufter Betrüger überwiesen seyn, wenn der Beklagte deswegen hätte freygesprochen werden sollen, weil sich in seinen tabulis das acceptum relatum nicht vorfand [85]). Zuweilen ließ man auch noch zu mehrerer Sicherheit die tabulae sowohl von dem Schuldner als von den Zeugen unterzeichnen und besiegeln [86]). Durch die

torum tabulis cum esse facta diceretur, prolata a Memmio est. Auf diese Sitte zielt SENECA noch an einem andern Orte, wenn er *de Benef.* Lib. II. c. 13. sagt: Quidam nolunt *nomina fieri*, nec *interponi pararios*, nec *signatores advocari*, nec chirographum dare.

84) CICERO *pro Roscio Comoedo* cap. 2. sagt in dieser Hinsicht: *Suum codicem testis loco recitare, arrogantiae est.*

85) CICERO *pro Rosc. Comoedo* cap. 1. Solent fere dicere, qui *per tabulas hominis acciti* (so ist nach Grävius, statt der gemeinen Lesart *hominis citi* zu lesen, von accire, hinzurufen, hinzuziehen, andere lesen *hominis alieni*, andere *honesti*) pecuniam expensam tulerunt: *Egone talem virum corrumpere potui, ut mea causa falsa in tabulam referret?*

86) CICERO spielt hierauf an, wenn er *Tusculanar. Disputat.* Lib. V. cap. 11. sagt: Tu quidem *tabulis obsignatis* agis mecum.

Mehr

die rationes publicae der Argentarien wurden jedoch alle diese Weitläuftigkeiten und Cautelen entbehrlich. In diesen duierte der contractus nominis fort, wenn er schon in seiner ursprünglichen Form mit den rationibus domesticis verschwunden war [87]). Die Argentarii waren nämlich diejenigen Personen, welche die Banken der Römer hielten [88]). Sie kommen schon im sechsten Jahrhunderte vor [89]), und hatten ihren Namen daher, weil ihr Hauptgeschäfte auf Einnahme und Auszahlung von baarem Gelde ging [90]). Man nannte sie auch vom Halten der Bank (exercitium mensae) *Mensularii* oder *Mensarii*, *Mensae exercitores* [91]), und weil sie sich auf das Schätzen und Prüfen der verschiedenen Münzsorten verstanden, und die Münzen gegen Agio umsetzten, *Nummularii* und *Collybistae*

Mehrere Stellen führt NOTOMAN in Commentar. ad Tit. Institt. de litterarum obligat. pag. 352. an, und zieht daraus die richtige Folge, *tum demum obligationis nominum vim fuisse vel maximam, cum a reo tabulae obsignarentur.* Man sehe auch ANDREA Diss. cit. de litterarum obligatione §. 10.

87) S. Gundlingiana Stück XL. Nr. 2. §. 17. und von Almendingen in dem Grolmanschen Magazin 2. Band S. 217. ff.

88) Man vergleiche hier vorzüglich *Herm.* HUBERT Disp. I. et II. de argentariis veterum. *Trajecti ad Rhen. 1739 et 1740.* (in *Gerv.* DELRICHS *Thes. Dissertation. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. Nr. 1. et 2.) und von Almendingen über Urkundenedition und Argentarien, in Grolmans Magazin 1. Band S. 319. ff.

89) POLYBIUS Lib. XXXII. c. 13.

90) BRISSONIUS de Verb. Sign. h. v.

91) *L. 47. §. 1. D. de pact. L. 24. §. 2. D. de reb. auct. iud. poss. fid.* SUETON *in Aug.* c. 4. *L. 4. D. de edendo.*

Collybistae [92]). Diese Argentarien standen unter einer besondern Aufsicht des Staats [93]). Ihr Geschäft war daher ein öffentliches Geschäft, bey dessen richtiger Verwaltung das ganze Publikum interessirt war [94]). Ihnen vertraute der Kapitalist sein Geld an, und sie sorgten für die Unterbringung desselben. An sie wandte sich der Geldbedürftige, und sie verschafften ihm unter billigen Bedingungen ein Darlehn. Durch ihre Dazwischenkunft konnte der Gläubiger gegen die Gefahr, es mit unsichern Schuldnern aufnehmen zu müssen, gedeckt, und der hülfsbedürftige Schuldner gegen die, sich jeden Bedingungen des Gläubigers unterwerfen zu müssen, gesichert werden. Sie mußten aber über alle ihre Geschäfte ein genaues Verzeichniß führen, und darüber genaue Rechenschaft ablegen [95]). Dazu hielten sie ihre Bücher, (codices rationum) worin jeder Empfang, jede Ausgabe nach Tag und Datum verzeichnet war [96]). Durch die Strenge der Polizeyaufsicht, und durch die Genauigkeit, mit welcher diese Bücher geführt wurden, erhoben

92) *Collybistae* sagt ZONARAS bey CUJACIUS Lib. X. Obs. 14. *sunt, qui minuta numismata vendunt vel nummos.* COLLYBUS enim Graecis *minutum nummisma*, quod Romanis *nummus* vocatur.

93) *L. 1. §. 9. D. de officio praef. urbi.* Curare debet Praefectus urbi, et *nummularii* probe se agant circa omne negotium suum: et temperent his, quae sunt prohibita.

94) *L. 10. §. 1. D. de edendo.* Officium argentariorum et ministerium eorum *publicum habet causam.*

95) *L. cit. 10. §. 1.* sagt: Haec principalis eorum opera est, *ut actus sui rationes diligenter conficiant.*

96) PLINIUS *Histor. natur.* Lib. II. cap. 7. CICERO *pro Caecina* cap. 6. Se autem habere *argentarii tabulas*, in quibus sibi expensa pecunia lata sit, acceptaque relata.

ben sie sich zur Würde öffentlicher Urkunden [97]). Daher mensae scriptura den vollgültigsten Beweis gab [98]). Jedes von einem Argentarius geführte Geschäft, wenn es im codex rationum eingetragen, und jedem Interessenten eine Abschrift davon zugestellt worden, ward dadurch zum negotium stricti iuris, und es mußte dabey sein Bewenden haben, wenn auch sonst kein Geschäft bewiesen werden konnte. Hierdurch ward nun auch die obligatio nominum contrahirt. Der litteralcontract war also jetzt nichts anders, als ein durch Dazwischenkunft des argentarius schriftlich geschlossenes, im codex rationum eingetragenes Geschäft, zu dessen Beglaubigung jedem Theile eine Abschrift zugestellet worden [99]).

Der Argentarius erscheint hier nicht als bloßer Unterhändler. Er war selbst bey dem Geschäft ein wesentlicher Theilnehmer. Er contrahirte mit dem Schuldner; ihm ward die Bezahlung versprochen. An ihn hielt sich aber auch der Kapitalist, der sein Vermögen der Bank anvertrauet hatte. Er schloß also, als Repräsentant beyder Theile, den contractus nominis auf gewisse Art mit sich selbst ab [100]). Seine Dazwischenkunft wirkte Bündigkeit und Gewißheit. Das Argentariat dauert bis auf Justinians

) *L.* 24. §. 2. *D. de reb. auct. iud. possid.* Qui pecunias apud mensam, *fidem publicam secuti*, deposuerunt.

) *L.* 27. §. 1. *D. de furtis.*

) S. von Almendingen in Grolmans Magazin 1. Band S. 324. ff. u. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 172. der zweyten Auflage.

) S. v. Almendingen in Grolmans Magazin 2. Bd. S. 325. und 2. Band S. 217. u. 218.

nians Zeiten, und noch spälerhin fort. Justinian, von dem großen Nutzen dieser Anstalt überzeugt, widmete ihr eigene Novellen und Edicte [1]), worin er vieles zum Vortheile der Argentarien verordnete, weil er sie *propter ingens studium, quod argentarii in communes contractus* (περὶ τὰ κοινὰ συμβόλαια) *collocant*, wie es *Nov.* 136. *cap.* 1. heißt, einer solchen Begünstigung vorzüglich würdig hielt [2]). Allein gerade daraus haben manche [3]) einen Beweis hernehmen wollen, daß der contractus nominum mit dem Argentariat in keiner Verbindung gestanden habe, weil sonst Justinian in seinen Institutionen nicht hätte sagen können, daß dieser Contract zu seinen Zeiten außer Gebrauch gekommen sey. Wie wenig aber dieses Argument beweise, hat schon Gundling [4]) gezeigt. Daß Justinian von demjenigen Litteralcontract, welcher per scripturam mensae geschlossen wurde, gar nicht rede, lehrt ja Theophilus, gewiß der beste Ausleger Justinians, in seiner Paraphrase deutlich genug. Unverkennbar zielt hingegen Paulus auf die scriptura mensae, wenn er *L.* 38. *D. de obligat. et act.* sagt: Non figura litterarum, sed oratione, quam exprimunt litterae, obligamur: quatenus placuit, non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis signi-

1) *Nov.* 136. et *Edict.* 7. et 9.

2) Von den besondern Rechten und Privilegien der Argentarien handelt vorzüglich HUBERT Diss. II. de argentariis veterum Cap. 2. in OELRICHS *Thes. Dissertat. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. p. 120. sq.

3) SALMASIUS de Usuris. Cap. VI. pag. 145. (edit. *Lugd. Batavor. 1638.* 8.) MAASSEN in Specim. de contractu litteralis natura. [illegible]

4) Gundlingiana Stück XLI. Nr. 2. §. 17. S. 432. ff.

significaretur. Denn Paulus handelt *Libro III. ad Edictum*, woraus dieses Fragment genommen ist, von dem Edict des Prätors de edendo, wodurch er den Argentarien die Verbindlichkeit zur Edition ihrer Bücher und Rechnungen auflegt, und jedem dabey interessirten Theil das Recht giebt, dieselbe zu verlangen, wie aus *L.* 2. *L.* 5. und *L.* 7. *D. de edendo* erhellet, welche, wie Emund Merillius[5]) ganz richtig bemerkt, mit jener *L.* 38. *D. de obligat. et act.* zu verbinden sind. Wie wenig Justinian, wenn er in dem oben angeführten Titel seiner Institutionen *de litterarum obligationibus* von einer zu seinen Zeiten veralteten obligatio nominum spricht, diejenige gemeint haben könne, welche durch Darzwischenkunft eines Argentarius geschieht, erhellet daraus, weil er in der *Nov.* 136. *cap.* 5. *et* 6. verordnet, daß dem Argentarius keine exceptio non numeratae pecuniae entgegengesetzt werden solle. Konnte er denn auf eine eclatantere Art erklären, daß die scriptura mensae ein wahrer und noch jetzt gültiger Litteralcontract sey[6])? Es kann also wohl der zu Justinians Zeiten zu einer Antiquität herabgesunkene contractus nominum kein anderer gewesen seyn, als den Theophilus beschreibt, und welcher sich ohne Zweifel aus der alten obligatio litterarum gebildet hatte, die zu Ciceros Zeiten galt. Schon hundert Jahre später konnte dieser Contract nicht mehr in der Gestalt geschlossen werden, in

5) Commentar. ad Institut. Tit. de litterar. obligat. pag. 362. (edit. *Trotz.* Trajecti *ad Rhen.* 1739.) Man vergleiche auch *Ian. a* COSTA Commentar. ad §. 2. Institut. de obligat. pag. 399.

6) S. *Iac.* CUJACII Exposit. Nov. 136. und ENDRES Diss. cit. de litterarum obligatione. §. 5.

in welcher er bey Cicero erscheint. Denn jetzt gab es keine rationes domesticae mehr. Aber darum lebte der Contract doch noch sowohl in den Rechnungen der Argentarien, als in einer andern Form fort. Denn die Form des contractus nominis war, wie bereits oben bemerkt worden, nicht nothwendig an die codices accepti et expensi des Gläubigers und des Schuldners gebunden, so genau er auch ursprünglich, wie es scheint, damit zusammenhing. Die Kaiser Arcadius, Honorius und Theodosius[7]) geben uns einen wichtigen Beweis, wie gewöhnlich es zu ihren Zeiten gewesen seyn müsse, eine Schuld, sie mochte aus einem Darlehn oder aus irgend einem andern Contract herrühren, mittelst eines schriftlichen Aufsatzes in eine obligatio litterarum zu verwandeln, wenn sie sagen: Si quis *debiti, quod ex foenore, vel mutuo data pecunia sumsit exordium, vel ex alio quolibet titulo, in litterarum obligationem, facta cautione, translatum est*, seu fideicommissi dirigat actionem, — ruptis denunciationum ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere, ac suas allegationes iubeatur proponere. Ein solcher schriftlicher Aufsatz, welcher die feyerliche Anerkennung der Schuld enthielt, hieß *Syngrapha*, weil er, wie Asconius Pädianus[8]) sagt, von beyden Theilen, dem Schuldner und Gläubiger, unterschrieben wurde, auch jeder Theil ein Exemplar erhielt. Daß man sich dabey

7) *L. 6. Cod. Theod. de denunc. et edit. rescripti.*

8) *Ad Ciceronem in Verrem Lib. I. cap. 36.* bey GRAEVIUS Oration. Ciceron. Tom. I. P. I. p. 494. Caeterae tabulae ab una parte servari solent, *syngraphae, signatae utriusque manu, utrique parti servandae traduntur.*

bey einer, der Stipulation ähnlichen, Formel bedient habe, welche dem schriftlichen Aufsatz einverleibt wurde, lehrt Theophilus. Es erhellet dies auch aus dem Beyspiel einer solchen Schuldverschreibung, welches Paulus [9]) anführt. Daher wurde auch die aus dem Geschäft entspringende Klage *actio ex chirographo ex stipulatu* [10]) genennt. Aus einer solchen cautio entstand nun eine so strenge Verbindlichkeit, daß der Gläubiger daraus klagen, und gewinnen konnte, wenn gleich der Aussteller derselben kein Geld erhalten hatte, wie Asconius [11]) uns ebenfalls ganz bestimmt sagt. Noch verdient hier eine Stelle aus den Fragmenten des Cajus einen Platz. Sie unterstützt die Lehre des Theophilus, und beweißt, daß die litterarum obligatio eben so, wie die Stipulation, das gemeine Mittel

9) *L. 40. D. de reb. credit.* Lecta est in auditorio *Aemilii Papiniani*, Praefecti praetorio, ICti, cautio huiusmodi: *Lucius Titius scripsi, me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua, numerata mihi de domo: et haec quindecim proba recte dari kalendis futuris stipulatus est P. Maevius, spopondi ego Lucius Titius.* Man vergleiche über diese Stelle *Corn. van* BYNKERSHOEK ad L. Lecta 40 Dig. de reb. credit. Liber sing. *Lugduni Batav. 1699. 8.*

10) *L. 17. pr. D. de doli mali et met. except.*

11) Cit. loc. In *syngraphis* etiam contra fidem veritatis pactio venit, *et non numerata quoque pecunia aut non integre numerata, pro temporaria voluntate hominum scribi solent more institutoque Graecorum.* Der Prätor gab jedoch der Billigkeit wegen die exceptio doli mali, wenn der Beklagte beweisen konnte, daß er kein Geld erhalten habe. §. 2. *I. de exceptionib. L. 2. §. 3. L. 4. §. 16. D. de doli mali et met. except.* S. *Ev.* OTTO Comment. ad Tit. Institut. de litt. obligat. nr. 7. et 8. und HUBERT Diss. II. de argentariis veter. Cap. V. §. 2.

(21

gewesen sey, Verbindlichkeiten durch Novation zu begründen und zu bekräftigen. So wie wir sie jetzt aus Anians Ueberbleibseln haben, scheint sie freylich sehr interpolirt zu seyn, Theophilus aber hat sie gewiß noch unverfälscht benutzt. Sie ist aus des Cajus Institutionen Lib. II. Tit. 9. §. 12. wo sie uns Anian bey Schulting [12]) auf folgende Art hinterlassen hat: *Litteris obligatio* fit, aut a re in personam, aut a persona in personam. *A re in personam*, velut si id, quod ex emtione aut conductione, aut societate debes, alii reddas. *A persona in personam*, velut si id, quod mihi alter debet, alteri personae delegem, ut reddere debeat. Ich übergehe die bey dieser Stelle versuchten Emendationen eines Oiselius und Schultings [13]). Schimmert die Wahrheit auch gleich nur durch einen Nebel, so bleibt doch immer diese Stelle zur Vertheidigung des Theophilus ein schätzbares Fragment. Aus dem allen läßt sich nun begreifen, warum aus einer bloßen Handschrift nicht geklagt werden konnte, welche die Form einer litterarum obligatio nicht hatte, sondern dem Kläger immer der Beweis der Numeration zur Last fiel, wenn der Beklagte die exceptio non numeratae pecuniae entgegensetzte. Wir lernen aber auch hier die Gründe kennen, warum es nöthig war, dieser Exception in einen bestimmten Zeitraum einzuschränken, und wie der neue Litteralcontract sich schon vor Justinian bildete, wodurch die nominum obligatio, die durch eine schriftliche Förmlichkeit errichtet wurde, zur Antiquität herabsank. So billig es nämlich auf der einen Seite schien, für bedrängte Schuldner

12) In Iurisprud. antejustin. pag. 160. sqq.

13) Cit. loc. pag. 161. et 163.

ner zu sorgen, die vielleicht oft aus Noth sich bewegen liessen, einen Schuldschein auszustellen, ohne noch dessen Gegenstand wirklich erhalten zu haben, und so gerecht in dieser Hinsicht das Rechtsmittel der exceptio non numeratae pecuniae war; so ungerecht hätte die Gesetzgebung auf der andern Seite gegen den Gläubiger gehandelt, der das Geld wirklich gezahlt hatte, wenn er nun noch erst nach Jahren, wo er die Schuld zurückverlangt, sich einer Beweisführung hätte unterziehen sollen, wozu die Mittel, die früher zur Unterstützung seiner Forderung dienen konnten, ihm nun vielleicht nicht mehr offen stehen. Um also einem solchen Gläubiger nicht auch das letzte noch abzuschneiden, was vielleicht einzig ihm bisher zur Sicherheit übrig blieb, bestimmten die neuern Gesetze peremtorisch einen Zeitraum, nach dessen Ablauf die exceptio non numeratae pecuniae nicht mehr Statt haben, sondern der Schuldner zur Bezahlung des Geldes sollte verurtheilt werden können, dessen Empfang er schriftlich bekannt hätte. Ich muß mich hier abermals auf den Theophilus berufen. Denn niemand hat die Gründe dieses neuen Litteralcontracts so vollständig dargelegt, als dieser griechische Paraphrast. Er fährt nämlich, nachdem er seine Idee von dem veralteten Litteralcontract niedergelegt hatte, auf folgende Art in seiner Belehrung fort.

Σήμερον δὲ ταῦτα οὐκ ἔχιν ἐν χρήσει ἔχι δὲ εὑρεῖν, εἴ τις ἀκριβέχερον κατανοήσει, καὶ σήμερον πολιτευομένην τὴν litteris ἐνοχὴν καθ' ἕτερον σχῆμα. Εἰ γάρ τις βουλόμενος ἀνείσασθαι παρ' ἐμοῦ διαλεχθῇ μοι περὶ τούτε, ἐγὼ δὲ ἐπέτρεψα αὐτὸν ποιῆσαί μοι γράμματεῖον, καὶ δὴ καθ' ἑαυτὸν οὐ παρόντος ἐμοῦ τὸ γραμματεῖον ἐποίησεν, ἐν ᾧ εἶπεν, ὅτι

Εδανεισάμην ἐγὼ κατὰ τὴν σήμερον ἡμέραν παρά τουδε, καὶ ταῦτα ἐποφείλω· ἐπερώτησις δὲ μὴ ἐνετέθη, ἦγουν καὶ ἐντεθεῖσα ἄχρηστος ἦν, διὰ τὸ γεγενῆσθαι τὸ τοιοῦτον συμβόλαιον οὐ παρόντος τοῦ δανείσαντος. Ἐνταῦθα χρὴ τὸν παρὰ δραμόντος πολλὰ ζητεῖται, εἰ δυνατὸν ἀναγνῶναι τὸν τὸ εἰρημένον ἐνθύμιον γραμματεῖον· καὶ λέγομεν ὅτι ἐὰν ἀπὸ τῆς τε δυνατὸν ἀναχθῆναι τὸ παρὸν πρόσωπον, οὐ γὰρ γένοιτο ἂν ἀπαρέθμησις, ἐὰν ἀπὸ τῆς verbis, ἐπειδὴ μὴ παρόντος τῶν δύο μερῶν γέγονεν ἡ ἐπερώτησις, ἢ αὐτὸ τοῦτο ἐὰν γέγονεν ἡ ἐπερώτησις λείπεται ἐν ἀρᾷ μόνον τῶν γραμματίων ἔνοχον αὐτὸν γενέσθαι. καὶ ἰδοὺ, ποτὲ καὶ ἀπάρεσιν γίνεται τὰ ἔνοχος τῇ litteris.

Ὁ δὲ πολὺς χρόνος πάλαι μὲν εἰς τὴν πεντετηρίαν περιεστήκει· μετὰ γὰρ τοῦτον τὸν χρόνον οὐκ ἦν ἀντιτιθέναι τὴν τῆς ἀναγγυρίας παραγραφήν, τυτέστι τὴν non numeratae pecuniae, καὶ λέγειν τῷ δανειστῇ, Δεῖξον ὅτι ἀπηριθμησας· τοῦτο γὰρ πολλαῖς βασιλέων εἰρηται διατάξεσιν. Ἐπειδὴ δὲ τοῦτο δυσχερὲς ἦν τοῖς κρεδίτωρσιν, ὁ ἡμέτερος βασιλεὺς, ἵνα μὴ πολλοῦ παρεδραμόντος χρόνε, τετέσι τριετίας ἢ τετραετίας, μετὰ τοσοῦτον χρόνον οἱ κρεδίτωρες ἀπαιτεμενοι ἀποδεικνύειν, ὡς ὅτι ταῦτα ἀληθῆ ἐστι, διὰ τὸ μῆκος τὲ παρελθόντος χρόνε εἰς δυσχέρειαν τῶν ἀποδείξεων ἐμπίπτοιεν, καὶ ἐντεῦθεν τῶν οἰκείων ςερεῖντο χρημάτων, διάταξιν ἐποίησεν, ἥτις τὴν πεντετηρίαν εἰς διετίαν περιέςησεν· ὥστε ἐν ἔτεσιν τέτε τὲ χρόνε καλῶς ἡ τοιαύτη ἀντιτεθήσεται παραγραφὴ, μετὰ δὲ τὴν διετίαν ἐκ ὅλως.

Das heißt nach der Reitzischen Ueberſetzung:

Sed haec hodie non ſunt in uſu. Invenire tamen licet, ſi quis curatius conſideret, et hodie litterarum obligationem uſurpari ſub alia forma. Nam ſi quis a me mutuari cupiens,

pens, ea de re mihi locutus sit, egoque ei concesserim, ut mihi cautionem scriberet; atque is solus me non praesente cautionem scripserit, in qua dicat: Ego mutuatus sum hodierno die ab illo, eaque debeo; sed stipulatio non inserta sit, aut inserta etiam inutilis sit, quia huiusmodi instrumentum factum est non praesente creditore. Hinc multo elapso tempore quaeritur, an conveniri possit, qui dictam cautionem scripsit; et dicimus, neque ex obligatione re contracta hanc personam conveniri posse, neque enim numeratio facta est; neque ex verborum obligatione, quoniam non praesentibus ambabus partibus stipulatio facta est, aut nec ulla omnino facta est stipulatio. Restat igitur, ex solis eum litteris obligari. Et ecce, interdum et hodie aliquis obligatur litteris.

Multum autem temporis olim quidem intra quinquennium constitit: nam post hoc tempus non licebat opponere exceptionem non acceptae, id est, non numeratae pecuniae, et dicere creditori: Proba te numerasse: hoc enim multis Imperatorum constitutionibus cautum est. Quoniam autem hoc creditoribus difficile erat, Imperator noster, ut ne multo elapso tempore, id est, triennio aut quadriennio, creditores post tantum temporis probare iussi, haec esse vera, propter longitudinem elapsi temporis in difficultatem probationum inciderent, atque exinde pecuniis suis spoliarentur, constitutionem fecit, quae quinquennium intra biennium concluſit. Itaque intra hoc tempus huiusmodi exceptio recte opponetur: post biennium autem nequaquam.

Einen fernern Beweis, daß unſere Anſicht des neuen litteralcontracts dem Römiſchen Recht vollkommen gemäß ſey, giebt eine ſchon ältere Verordnung des Kſs Severus

L. 8. Cod. de non. num. pecunia woraus zugleich erhellet, daß der neue Litteralcontract schon vor Justinian bekannt war. Es heißt nämlich in dieser L. 8. cit.

Si intra legibus definitum tempus, qui cautionem exposuit, nulla querimonia usus, defunctus est; residuum tempus eius heres habebit, tam adversus creditorem, quam adversus eius heredem. — Sin vero legitimum tempus excessit, — *omnimodo heres eius, etiamsi pupillus sit, debitum solvere compelletur.*

Wenn ich nun noch zum Ueberfluß die deutliche Stelle des §. 2. *I. de obligat.* hinzufüge, wo Justinian sagt, daß die Contracte nach ihrer causa von viererley Art sind.

Obligationes aut *re* contrahuntur, aut *verbis*, aut *litteris*, aut *consensu*;

so muß man sich wirklich wundern, daß es dennoch so viele Rechtsgelehrten[14]) giebt, welche sich einbilden, daß das

14) Man vergleiche *Sam. Frid.* WILLENBERG Selecta iurisprud. civilis (*Gedani 1728.* 4.) P. II. Exercit. 32. *Io. Gottl.* LANGSDORF Tractat. de pactis et contractib. Romanor. (*Manhemii 1777.* 4.) Cap. 8. §. 117. sqq. Dr. Meurers Lehre von der exceptio non numeratae pecun. 5. Kap. und Desselben Leichenrede auf den sogenannten jüngern oder Justinianischen Litteralcontract, (in desselben juriſt. Abhandlungen u. Beobachtungen. 1. Samml. 2. u. 3. Aufsatz.) Sigm. Lehry Erörterung der Rechtsfrage, ob der Schuldner, der einen Schuldschein ausgestellet hat, ohne das Geld empfangen zu haben, nach dem Verlaufe zweyer Jahre noch die ordentliche Einrede habe, daß ihm das Geld nicht sey aufgezählt worden. Freiburg im Breisgau 1788. 8. (S. Hartlebens allgemeine Bibliothek der neuesten juriſt. Litteratur. 3. Bandes 1. Stück.

s Justinianeische Recht keinen wahren Literalcontract
nne, sondern der gewöhnlich angenommene nach Form
id Inhalt ein von den Auslegern lediglich erdachtes Un-
ng sey. Befolgen wir freylich blos die Natur der Sache,
hen wir von dem Grundsatz aus, jeder Contract erfordere
n wechselseitiges Einverständniß in eine von beyden Thei-
n bestimmte Obligation, woran es doch offenbar fehlt,
enn die Handschrift blos in der Hoffnung ausgestellt wor-
n, den Gegenstand derselben zu empfangen, dieser
er nicht erfolgt ist; erwägen wir ferner, daß es gewiß
nderbar genug klingen würde, wenn der Kläger sagen
ollte, er klage, ungeachtet er nicht wirklich ein Darlehn
geben habe, blos weil sich der Beklagte einmal schriftlich
dem Empfang desselben bekannt habe, und so nachlässig
wesen sey, die Handschrift vor dem Ablauf zweyer Jahre
rückzufordern; bedenken wir überdem, daß hier bey ein-
id eben derselben Handschrift zwey von allen Regeln des
eweises abweichende Extreme angenommen werden, näm-
h daß sie vor dem Ablauf des gesetzlichen Termins gar
chts beweisen, und nach dem Ablauf desselben eine allen
egenbeweis ausschließende Beweiskraft haben soll, da es
ch weit natürlicher zu seyn scheint, wenn man annimmt,
ß wenn nach Ablauf des gesetzlichen Termins das sin-

g 4

1. Stück. S. 192. ff.) Brauns Abhandl. ob es eine blos eingebildete Billigkeit sey, wenn die Rechtsgelehrten dem Beklagten nach zwey Jahren noch mit der Ausflucht des nicht gezahlten Geldes hören, und mit dem Beweise zulassen? in den Erlangischen gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1749. Nr. 4. und Christ. Heinr. Köchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit 1. Band Nr. 13. S. 151. ff.

gulare Recht wegfällt, welches bey der exceptio N. N. P. dem Kläger, des in Händen habenden schriftlichen Eingeständnisses seines Gegners ungeachtet, die Beweislast aufbürdet, nun das ordinäre Recht wieder eintreten müsse, nach welchem auch gegen schriftliche Eingeständnisse wenigstens ein Beweis durch klare Documente, und unverwerfliche Zeugen zugelassen wird [15]); fügt man endlich noch die Betrachtung hinzu, daß es schwer zu erklären sey, wie ein Darlehn, daß nicht gegeben ist, nach einem Zeitverlauf von zwey Jahren in eine neue Art von Contract, in einen Litteralcontract übergehen könne; so darf man sich wohl freylich nicht mehr wundern, wenn soviele Rechtsgelehrten keinen Litteralcontract annehmen. Er kann auch in dem System des jetzt geltenden Rechts, wie ich §. 788. zeigen werde, keinen Platz mehr behaupten. Allein dessen ungeachtet würde man die so deutlichen Stellen des Röm. Rechts, welche von der obligatio litterarum sprechen, mit Gewalt verdrehen müssen; wenn man behaupten wollte, daß das System des justinianischen Rechts keinen Litteralcontract kenne, wie auch Hugo [16]) bemerkt, und Pfeiffer [17]) gegen Meurer sehr gründlich ausgeführt hat. Er läßt sich auch in der allgemeinen Bedeutung des Worts contractus, für Verbindlichkeit überhaupt genommen, mit Weber [18]) vollkommen rechtfertigen,

15) *L. 25. §. 4. D. de probat. L. 13. Cod. de non num. pecun. L. 14. Cod. de contrab. et committenda stipulat.*

16) Civilistisches Magazin 1. Band. S. 448. ff.

17) Vermischte Aufsätze über Gegenstände des deutschen und römischen Privatrechts S. 167. ff.

18) Zu Höpfners Commentar über die Institutionen §. 850. Not. 1. S. 902.

n, indem er alsdann, mit litterarum obligatio synonim, Verbindlichkeit anzeigt, die nach Ablauf der gesetzlichen it von zwey Jahren aus einer Handschrift entsteht, wel über den Empfang eines Darlehns ausgestellt worden , und vermöge welcher der Aussteller, so wie desselben be zur Bezahlung condemnirt werden kann, ohne mit em weitern Gegenbeweis des Nichtempfangs Gehör zu den. Die Worte in dem §. *pen. I. de litt. oblig.* Si quis *ere se scripserit*, quod sibi numeratum non est, *de pe ia minime numerata post lapsum temporis exceptionem ope ere non potest.* Sic fit, *ut scriptura obligetur*, et *ex ea* catur condictio; und der Satz der *L.* 14. *Cod. de non n. pecun.* biennio elapso NULLO MODO exceptio non neratae pecuniae *introduci potest*, verbunden mit *L.* 2. *eodem*: wo es heißt: Sin vero legitimum tempus essit, — OMNINO *heres eius debitum solvere compelli* , lassen gar keinen Zweifel übrig. Nur einige der vor ichsten Gründe, welche man unserer Ansicht entgegen , verdienen hier noch eine etwas genauere Beurtheilung, man sie, soviel ich weiß, noch nicht hinlänglich wider hat. Den einen glaubt man in der *L.* 1. *Cod. de con ob turpem cauf.* gefunden zu haben, in welcher es t:

Si ex cautione tua conveniri coeperis: nullam niam te accepisse, sed ob turpem causam et quam prohibitum est, interpositam cautionem, *ei, qui ea re cognituru est, probandum est; et eo impleto utio sequetur.*

Man schließt hier so. Der Excipient soll nach diesem g beweisen, daß keine Numeration erfolgt sey. Ein sol-

solcher Beweis hätte nicht auferlegt werden können, wenn die Exceptio N. N. P. noch Statt gehabt hätte. Mithin war ihr Termin schon verflossen, weil vorher der Kläger beweisen müßte. Das Gesetz läßt also noch nach Ablauf des gesetzlichen Termins Beweis zu. Allein diese Verordnung ist ja vom Kaiser Antonin. War denn damals der exceptio N. N. P. schon ein gewisses Ziel gesetzt? Man setzt also hier etwas voraus, was noch erst bewiesen werden müßte. Doch ganz davon abgesehen, so ist hier eigentlich von der exceptio N. N. P. gar nicht die Rede, sondern von dem Falle, da eine Summe Geld um eines unerlaubten Zwecks willen versprochen, und darüber eine Handschrift ausgestellet worden war. Der Aussteller wird daraus belangt, und setzt die exceptio turpis causae entgegen, und nur als Folge davon wird die Nichtzahlung des Geldes angeführt. Natürlich muß hier die exceptio turpis causae, als wahre Einrede, nicht sowohl gegen die Existenz des Darlehns, als vielmehr gegen die Gültigkeit des anerkannt eigenhändig ausgestellten Schuldscheins gerichtet, von dem Excipienten bewiesen werden, und ein eintretendes oder erloschenes Privilegium ist dabey ganz undenkbar. Die Richtigkeit dieser Erklärung bestärken die Basiliken [19]), in welchen diese Verordnung auf folgende Art paraphrasirt ist:

Επηρωτήθη τὶς φανερὰν ποσότητα ἐπὶ ἀσχρᾷ αἰτίᾳ τῷ λαμβάνοντος. τυχὸν ἐπὶ τῷ τὸν λαμβάνοντα μὴ φονεῦσαι, καὶ ἀπαιτούμενος ἤτησεν ἔχειν τὸ ἀνενόχλητον, καὶ δέδωκεν ἡ διαταξις οὕτως. εἰ ἐκ τῆς σῆς ομολογίας ἄρξη μεθοδεύεσθαι, οὐχὶ ἠριθμήθη δὲ σοι τὰ χρήματα, ἀλλὰ δι' αἰσχρὰν αἰτίαν, καὶ διὰ τῦτο τοιούτου ὅπερ γίνεσθαι απηγορεύεται, ἐκτεθῆναι τὴν

19) Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 2. Constit. 10. pag. 522.

ν τοιαύτην ὁμολογίαν παρὰ τῷ μέλλοντι δικάζειν α
σθαι χρή. καὶ τούτου διαχθέντος, ἄφεσις παραχωλ
e. *Quidam promiſerat certam pecuniae quantita*
rpem cauſam accipientis, forte ne hominem occideret.
tem eo nomine conveniretur, petiit ne inquietaretur
conſtitutio indulget his verbis. Si ex cautione tu
niri coeperis, nullam pecuniam tibi numeratam eſſ
turpem cauſam, et quam fieri prohibitum eſt, int
i eiusmodi cautionem, ei, qui ſuper ea re cognitur
bari oportet: et eo probato, abſolutio ſequetur.

Einen andern Grund, den beſonders Voet[20] entſcheidend hält, nimmt man her aus *L. 6. C.* *benſat.* wo der Kaiſer Alexander an einen gewiſſen s auf folgende Art reſcribirt:

Neque ſcriptura, qua cautum eſt accepta, s tradita, obligare te *contra fidem veritatis* pot ompenſationis aequitatem iure poſtulas. I prius exſolvi, quae debere te conſtiterit, aeq quam petitioni mutuae reſponſum, fuerit; eo quod ea te perſequi dicis, quae a muliere div uſa amota quereris.

Hier ſoll nun ausdrücklich verordnet ſeyn, daß e chrift, worin man etwas empfangen zu haben beka den Ausſteller nicht verbinden ſolle, wenn er nach Empfang läugnet, und den Beweis davon führ Man hätte dieſes Argument noch wichtiger mach , wenn man es recht zu benutzen gewußt hät es iſt hier von einem Empfangſchein über ein H

rat

[20] *Commentar. ad Pand. h. t. §. 33.*

rathsgut die Rede, welchen der Ehemann ausgestellt hatte, und woraus die Frau auf Restitution des Heyrathsgutes klagte. Der Mann setzte der Klage theils die exceptio non numeratae dotis, theils die Einrede der Compensation entgegen. Man sieht dies noch deutlicher aus den Basiliken[21]), in welchen diese Verordnung auf folgende Art erläutert wird.

Απαιτούμενός τις προῖκα παρὰ τῆς ἰδίας γυναικὸς, πρῶτον μὲν ἔλεγεν, ὅτι οὐτε ὑπεδέξατο ταύτην, ἔπειτα δὲ, ὅτι εἰ καὶ ὑπεδέξατο, ἀπεσύλησεν δὲ αὐτῶν τινὰ ἡ γυνὴ, καὶ ἀντετίθει ἀντέλλογον· περὶ ἑκατέρων τοίνυν ἡ διάταξις ἀντιγεγράφουσα λέγει· ὅτι οὐδὲ τὸ ἔγγραφον ἔνοχον ἠδυνήθησε ποιῆσαι εἰς τὴν ρὴχ ὑπεδέξω παράστητα· ἀλλὰ καὶ ὁ ἀντέλλογος, οὐ συγχωρεῖ απαιτηθῆναι πρὶν ἢ γένηταί σοι τὸ ἱκανὸν, ἐφ' οἷς λέγεις ἀντιχρεωστεῖσθαι, ἐξ ὧν ἡ γυνὴ, διαζυγίου ἕνεκεν ἀπεσύλησεν. i. e. *Cum uxor dotem a marito repeteret, primum quidem ei obiiciebat, se eam non recepisse: deinde licet recepisse eam concederet, quaedam uxorem amovisse contendebat, quorum compensationem opponebat. Ad utrumque igitur constitutio ita rescribit. Neque scriptura in quantitatem, quam non recepisti, obligare te potuit, sed et compensatio petitionem inhibet, priusquam tibi satisfactum sit eorum nomine, quae tibi vice mutua deberi contendis: eo magis, quod ea tibi debere dicis, quae uxor tua divortii causa amovit.*

Allein das Argument verliert alles Gewicht, wenn man erwägt, daß zu der Zeit, da dieses Gesetz gegeben wurde, die exceptio non numeratae dotis noch in keinen bestimmten Zeitraum eingeschränkt war, sondern zu aller Zeit

21) Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 1. Constit. 56. pag. 580 sq.

it mit der Wirkung vorgeschützt werden konnte, daß der äger, welcher auf die Zurückgabe des Heyrathsgutes gte, den Beweis der geschehenen Auszahlung führen ißte, ohne den darüber von dem Ehemann erhaltenen npfangschein zum Beweis gebrauchen zu können [22]). nn man vermuthet, daß der Ehemann den Empfang in blos aus Verlangen, desto eher in den Besitz der aut zu kommen, ausgestellt habe, ohne das Heyraths wirklich empfangen zu haben. In dieser Hinsicht sa die Kaiser Sever und Antonin *L.* 1. *Cod. de dote a non numerata.*

Dotem *numeratio*, non *scriptura dotalis umenti* facit: et ideo non ignoras, ita demum te ietitionem dotis admitti posse, *si dotem a te re ipsa n probatura es.*

Allein Justinian schränkte in seiner neuern Gesetzge nachher diese Exception aus besonderer Begünstigung Brautschatzes ein, und setzte auch ihr eine peremtori rist, nach deren Ablauf sie nicht mehr Statt haben), *tempore querelam tollente, et ad omnia sufficiente mulieri,*

. *Franc.* BALDUINI Iustinianus. Lib. I. pag. 15. wo er sehr ig bemerkt. *Veteres exemplo exceptionis non numeratae niae videntur introduxisse hanc exceptionem non numeratae , ut misero marito succurrerent, qui inani spe illectus, et s ducendae desiderio incensus, saepe sibi parum cavet, et ratae dotis fallacem cautionem conscribi, antequam dos nu a sit, facile patitur.*

geschahe dies zuerst durch die *L. 3. Cod. de dote cauta,* Justinian die exceptio non num. dotis nach getrennter in einen Zeitraum von einem Jahre einschloß, ohne dar-

mulieri, wie Justinian Nov. 100. Kap. 1. und 2. sagt. Daß aber nach dem Ablauf der gesetzlichen Zeit nur das Privilegium, nicht aber die Exception selbst wegfalle, wenn der Beklagte den Beweis derselben führen könne, ist weder aus diesem noch aus irgend einem andern Gesetz erweislich. Man behauptet vielmehr mit Recht, daß auch hier, eben so, wie beym Darlehn, nach Ablauf der gesetzlich bestimmten Zeit eine obligatio litterarum begründet werde, wie §. 1239. näher gezeigt werden wird.

Noch ist zur Erläuterung der bisher angeführten und erklärten Gesetze zu bemerken, daß die Exceptio N. N. P. auch als Klage vorgebracht werden kann. Weil nämlich diese Einrede, als Antwort auf die Klage, sich eigentlich nur dann äußern kann, wenn dem Excipienten von seinem angeblichen Gläubiger dazu Gelegenheit gegeben wird; so kann der Aussteller der Handschrift, wenn deren Inhaber vor Ablauf der gesetzlichen Zeit nicht klagen sollte, diese Exception nebst dem ihr beygelegten Privilegium dadurch erhalten, daß er seinen Gegner auffordert, seine auf einen ihm ausgestellten Schuldschein etwa zu gründende Ansprüche entweder aliunde zu beweisen, oder denselben durch Zurückgabe des Schuldscheins gänzlich zu entsagen [24]). Diese Pro-

darauf Rücksicht zu nehmen, wie lange die Ehe gedauert hat. Nachher hat Justinian in der Nov. 100. mehrere Zeitfristen bestimmt, nach der Verschiedenheit der Dauer der Ehe.

24) *L. 8. C. de non num. pecun.* Si intra legibus definitum tempus, qui cautionem exposuit, — questus est, *exceptio non numeratae pecuniae heredi, et adversus heredem eius perpetua competit.* S. Pfeiffers vermischte Aufsätze S. 152. ff.

ovocation wird *Querela non numeratae pecuniae* [25]) ge-
nt. Er kann auch seine Handschrift mit der *condi-*
one sine causa zurückfordern [26]); oder er kann sich
), wenn der Inhaber derselben abwesend seyn sollte,
r gerichtlichen Protestation bedienen [27]). Es erhellet
us zugleich, daß der dem römischen Recht gemachte
wurf der Unbilligkeit ganz ungegründet sey. Man
ie nur die Lehre des Röm. Rechts von der extinctiven
ährung zu Hülfe, so wird man sich lebhaft überzeu-
können, daß die Entstehung jener Verbindlichkeit ex
scriptura, lapsu temporis firmata keine so ganz
exor-

on dieser Querel handelt LAUTERBACH in Colleg. th. pr.
l. h. t. §. 56. sehr ausführlich.

7. C. de non num. pec. Si quasi accepturi mutuam pecuniam
rsario cavistis, quae numerata non est, per *condictionem*
ationem repetere, si actor non petat; vel *exceptione non*
ratae pecuniae adversus agentem uti potestis. *L. ult. Cod.*
ndictione ex lege et sine causa. Si non est numeratum, quod
accepturum te sumsisse mutuo scripsisti: *et necdum transis-*
pus statutum, vel intra hunc diem habitam contestationem
rando, *reddi tibi cautionem*, Praesidali notione postulare

14. §. 4. Cod. de non num. pecun. In omni vero tem-
quod memoratae exceptioni taxatum est, ei licebit, cui
xceptio competit, *vel denunciationibus scripto missis quere-*
n numeratae pecuniae manifestare ei, qui numerasse eam,
is res dedisse instrumento scriptus est; *vel si abesse eum*
s, in quibus contractus factus est, contigerit, in hac qui-
ma urbe *apud quemlibet ordinarium iudicem*, in provin-
ro apud viros clarissimos *rectores earum*, vel *defensores*
eandem querelam manifestare, eoque modo perpetuam sibi
nem efficere.

exorbitante und beyspiellose Verordnung des Römischen Rechts sey, als wofür sie gewöhnlich ausgegeben wird[28]). Ist für Klagen ein gewisser Zeitraum festgesetzt, der peremtorisch ihre Dauer bestimmt, mit der Wirkung, daß nach Ablauf desselben die Klage nicht weiter angestellet werden kann, warum soll es unbillig seyn, wenn das Nämliche bey einer Exception geschehen ist, welche das Eigene hat, daß sie auch als Klage vorgebracht werden kann? Kann sich der Beklagte dort, ohne sich auf die Richtigkeit der an ihn geschehenen Forderung einzulassen, blos durch Anführung des abgelaufenen Zeitraums schützen; warum sollte sich nun der Kläger nicht eben so gut zur Begründung seiner Klage geradezu auf den Schuldschein berufen dürfen, nachdem der gesetzliche Zeitraum, binnen welchen der Aussteller Zeit und Rechtsmittel genug hatte, denselben zurückzufordern, verflossen ist, und die Einrede des nicht gezahlten Geldes nun jede rechtliche Wirkung verlohren hat? Wie kann es jetzt noch auf einen Beweis ankommen, ob diese Einrede factisch gegründet, oder ungegründet sey? Daß diese Ansicht selbst den Gesetzen gemäß sey, läßt sich bey den klaren Worten der Novelle 100. Kap. 1. u. 2. tempore in omnibus eiusmodi speciebus suos effectus ostendente, et querelam dante vel tollente, *cum mulieri tempus ad omnia sufficiat*, mit Grund nicht bezweifeln. Der einzige Unterschied besteht lediglich darin, daß bey der Verjährung der Klage durch

28) Schon Pfeiffer in den vermischten Aufsätzen S. 161. u. ff. hat die verschrieene Singularität der Litteralverbindlichkeit auf solche Art sehr gut erklärt. Man sehe auch *Rom.* TELLER Diss. de exceptione non numeratae pecuniae §. 2. in fin.

ch den Ablauf der gesetzlich bestimmten Zeit eine vor-
dene Verbindlichkeit aufgehoben, bey der Verjährung
Exceptio N. N. P. aber eine nicht wirklich begründete
bindlichkeit nun nach Ablauf der gesetzlichen Fristbestim-
g als vorhanden angenommen wird.

§. 787.

kommt die exceptio N. N. P. zu statten? Nähere Angabe
: Fälle, in welchen sie gebraucht werden kann, und wo
sie hingegen, auch innerhalb der ersten zwey Jahre,
ihre Wirkung verliert.

Die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes
nun, innerhalb des in den Gesetzen bestimmten zwey-
n Zeitraums, nicht nur dem Aussteller der Hand-
zu, sondern, wenn derselbe während dieses Zeitraums
ohne sich der Querelae N. N. P. bedient zu haben,
nt die von dem Biennium noch übrige Zeit auch dem
mit gleicher Wirkung zu statten. Nach *L.* 8. *C.*
num. pec. ist dies keinem Zweifel unterworfen. Denn
ausdrücklich gesagt:

intra legibus definitum tempus, qui cautionem
t, nulla querimonia usus, defunctus est, resi-
empus eius heres habebit tam adversus cre-
, quam adversus eius heredem.

entsteht aber hierbey die Frage, von welcher Zeit
st des Bienniums an zu rechnen sey? Accursius
von der Zeit an, da der Erbe die Erbschaft ange-
t. Allein nach der *L.* 14. *Cod. eodem* ist das
um ein *tempus continuum*, welches, von Zeit
ellung der Handschrift an gerechnet, ununterbro-

chen fortläuft. Der Erbe setzt es daher gleich nach dem Tode des Ausstellers fort, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob er die Erbschaft schon angetreten hat, oder nicht [29]).

Die mehrgedachte Einrede kommt ferner auch dem Bürgen und Mandator zu, welcher den Auftrag gegeben hatte, dem Aussteller der Handschrift auf seine Gefahr zu creditiren. Dem Expromissor hingegen, welcher durch eine Novation die Verbindlichkeit desjenigen übernommen hat, von dem die Handschrift ist ausgestellet worden, wird diese Einrede nicht gestattet. Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 12. *Cod. de non num. pecun.* Tam mandatori quam fidei ussori non numeratae pecuniae exceptio exemplo rei principalis competit.

L. 6. *Cod. eodem.* Frustra opinaris exceptione non numeratae pecuniae te esse munitum, quando, ut fateris, in eius vicem, qui erat obligatus, substitueris te debitorem.

Uebrigens hat die Einrede des nicht gezahlten Geldes Statt, wenn auch der Beklagte den Empfang nicht ganz läugnet, sondern behauptet, daß er die eingeklagte Summe nur zum Theil erhalten habe, nachdem von ihm die Handschrift auf das Ganze ausgestellt gewesen sey [30]). Es ent-

29) Man vergleiche *Hug.* DONELLI Commentar. ad L. 8. C. de non num. pecun. nr. 2. pag. 178. *Io.* ZANGER Tract. de exceptionibus. P. III. Cap. 14. nr. 49. TELLER Diss. cit. de except. non num. pecun. §. 5. und MAASSEN Specim. de contract. litt. natura. §. 12.

30) *L.* 9. *Cod. de non num. pecun. Ioban.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 31. *Hug.* DONELLUS in Commentar. ad L. 2. Cod. de non

entsteht jedoch hierbey die Frage, wer den Beweis übernehmen müsse? der Excipient, oder der Kläger? Man sollte glauben, daß hier der Beklagte beweisen müsse, weil er, wenn er einen Theil der Schuld einräumt, die Vermuthung gegen sich hat, daß er das Ganze empfangen haben müsse. Hierzu kommt noch die *L. 2. Cod. de non. numer. pecun.* welche nicht undeutlich dem Beklagten den Beweis aufzulegen scheint. Es heißt nämlich darin:

Minorem pecuniam te accepisse, et maiorem cautionem interposuisse, si apud eum, qui super ea re cogniturus est, constiterit: nihil ultra, quam accepisti, cum usuris in stipulationem deductis, restituere te iubebit.

Allein es gehört zum Grunde der Klage, daß das Geld gezahlt sey, auf dessen Rückzahlung geklagt wird. Der Beklagte hat nun hier das nicht ganz eingeräumt, was zur Begründung der Klage gehört. Es muß also von dem Kläger, der auf die Bezahlung des Ganzen klagt, völlig durch Beweis außer Zweifel gesetzt werden [31]). Nun beweißt ein für allemal die Handschrift über den Empfang des Darlehns unter zwey Jahren nichts. Folglich muß hier die exceptio non numeratae pecuniae mit eben der Wirkung entgegengesetzt werden können, als wenn der

non num. pecun. pag. 167. sq. TELLER Diss. cit. §. 2. und Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 5. Band Nr. 274. S. 30. ff.

31) Es treten hier die Grundsätze vom qualificirten Geständniß ein. S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 2. Band Nr. XLIII. §. 20. ff. und Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß S. 326. ff.

Beklagte den Empfang des Geldes ganz geläugnet hätte. Daß dieses dem Geist der *L. 2. C. de N. N. P.* gemäß sey, beweißt nicht nur die griechische Ueberſetzung derſelben in den **Baſiliken**[32]), welche folgendermaßen lautet:

Οὐ μόνον ὁ μηδὲν λαβὼν ἐξ ὧν ἐχειρογράφησαν, ἀντιτίθησιν ἀναγνῶσιν, ἀλλὰ καὶ ὁ πλείονα ὧν ἔλαβε χειρογραφήσας. i. e. *Non ſolum, qui nihil eorum accepit, quorum nomine cautionem interpoſuit, exceptionem non numeratae pecuniae opponere poterit: ſed et qui minorem pecuniam accepit, et maioris cautionem dedit.*

ſondern eben dies beſtärkt auch die folgende L. 3. *Cod. eodem.* wo es im Allgemeinen heißt:

Exceptione non numeratae pecuniae oppoſita, compellitur petitor probare, pecuniam eſſe numeratam.

Alles dies ſetzt aber die *L. 9. Cod. eodem* vollends außer Zweifel, in welcher die Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** auf folgende Art reſcribiren:

Cum ultra hoc, quod accepit, re obligari neminem poſſe conſtet, et ſi ſtipulatione interpoſita, placita creditor non dederit: in factum eſſe dandam exceptionem convenit. Si necdum tempus, intra quod huius rei querela deferri debet, tranſiit; vel ſi intra hoc in teſtando iuri paritum ſit: nihil ultra hoc, quod accepiſti, ſortis a te nomine aditus Rector vel Praeſes provinciae exigi patietur.

Denn daß hier von der exceptio N. N. P. die Rede ſey, beweißt die griechiſche Ueberſetzung dieſer Stelle in den Ba-

32) Tom. III. Lib. XXIII. part. II. Tit. 1. Conſtit. 64. pag. 327.

Basilika[33]) ganz deutlich, welche folgendermaßen lautet:

Ὁ ἔλαττον λαβὼν καὶ εἰς πλεῖον χειρογραφήσας, ἐπὶ τῇ πλείονι ποσότητι καλῶς ἀντιτίθησι τὴν ἀναγνωρίαν, ἐὰν εἰσέτι ὁ χρόνος ἐνδαψιλεύηται τῆς διετίας, ἢ διεμαρτύρατο, ἢ εἴσω τούτου τοῦ χρόνου, ἐν ᾧ διαμαρτύρασθαι ὤφειλε, τὸ ἱκανὸν τοῖς νόμοις ἐγένετο, οὐδὲν παραιτήσει τούτου ὅπερ ἐδέξω ὀνόματι κεφαλαίου ὁ ἄρχων τῆς ἐπαρχίας ἀπαιτηθῆναί σοι ἔξεστι. i. e. *Qui minorem pecuniam accepit, et maioris cautione exposuit, maiori quantitati exceptionem non numeratae pecuniae recte opponit, si hoc adhuc biennii tempus ei largiatur, aut et contestatus sit: vel si intra hoc tempus, in quo contestari debuit, iuri satisfactum sit. Nihil ultra hoc, quod accepisti, sortis nomine a te rector provinciae exigi patietur.*

Es giebt jedoch Fälle, wo die exceptio N. N. P. innerhalb der ersten zwey Jahre ihre Wirkung verliert. Dahin gehört,

1) wenn der Aussteller der Handschrift den Empfang des Anlehns noch in einer besondern Quittung bezeugt hat[34]). Es darf nur freylich dieses besondere Attestat nicht von demselben Datum seyn, unter welchem der Schuldschein ist ausgestellt worden[35]). Ist die Quittung in der

33) loc. cit. Tom. III. pag. 329. Constit. 71.

34) Es wird dies dem Gläubiger als eine besondere Cautel empfohlen. S. Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 37. S. 75.

35) S. STRYK Tr. de caut. contract. Sect. II. Cap. VII. §. 10. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 85.

Handschrift selbst enthalten, so kann sie, als ein Theil derselben, nicht mehr Kraft haben, als die Handschrift selbst [36]).

2) Wenn der Aussteller die Schuld auf andere Art entweder ausdrücklich vor Zeugen [37]), oder im Testament, oder auch stillschweigend durch abschlägliche Zahlung eines Theils des Capitals, oder auch durch Zinszahlung anerkannt hat [38]). *L. 4. C. de non num. pecun.* sagt ausdrücklich:

Cum fidem cautionis agnoscens, etiam *solutionem portionis debiti*, vel *usurarum* feceris: intelligis, *te de non numerata pecunia nimium tarde querelam deferre.*

3) Wenn der Schuldschein einem Argentarius ist ausgestellet worden. Justinian bestätigte hierdurch den schon längst vor seinen Zeiten üblichen Litteralcontract, der durch die scriptura mensae errichtet wurde, (S. 125. ff.) wenn er in der Novelle 136. Kap. 5. verordnet:

Hoc etiam nos docuerunt, quosdam, qui cum illis contrahunt, instrumenta et rationes conficere, et partim quaedam publice facere, partim sua manu scribere, quibusdam vero ab aliis conscriptis subscribere:

36) Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 852. Not.*) S. 905. ff.

37) Die Mitunterschrift eines oder mehrerer Zeugen bey einem Schuldschein beweißt jedoch durch sich selbst die von dem Gläubiger geschehene Auszahlung des Geldes noch nicht. S. Gmelins und Elsässers gemeinnützige juriſt. Beobachtungen u. Rechtsfälle 4. Band Nr. 19. S. 262. ff.

38) VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 32. und LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 84.

bere: petieruntque, ut illi, qui cum ipsis contrahunt; si tale quid scripserint, teneantur, ipsisque satisfaciant, nec eo abuantur, et dicant, se contractus quidem, vel confessiones, vel rationes omnes manu sua scripsisse, vel aliis scribentibus illis subscripsisse, *pecuniam vero, quae illis continetur, datam non esse.* Nos igitur, quoniam illa communia sunt, et multa inspectione egent, ad ea, ut decet, respondemus. Nam si quis publicum contractum fecerit, totumque manu sua scripserit, vel instrumentis aut rationibus ab aliis scriptis subscripserit; *sancimus, ut ille, eiusque heredes omnibus modis, personalibus scilicet actionibus, teneatur.*

4) Wenn das Darlehn aus einer vorhergehenden rechtlichen Forderung entstanden ist, welche durch eine darüber ausgestellte Handschrift in ein Darlehn ist verwandelt worden. Von diesem Falle sind die schon oben (S. 106.) angeführten *L.* 5. *et L.* 13. *Cod. de non num. pecun.* zu verstehen. Hier kommt es, wie beyde Gesetze sagen, nicht darauf an, ob das Geld gezahlt sey, sondern es ist blos darauf Rücksicht zu nehmen, ob der Aussteller der Handschrift das Geld aus einem rechtmäßigen Grunde schuldig geworden sey. Es muß nur dieser rechtliche Grund in der Handschrift ausdrücklich seyn angeführt worden [39]). Unrichtig hingegen ist es, wenn einige Rechtsgelehrten [40]) diese Gesetze so haben verstehen wollen, als ob die Einrede des nicht gezahlten Geldes auch dann wegfalle, wenn in der

39) C. DONELLI Comm. ad L. 13. C. de N. N. P. n. 5.

40) HUNNIUS in *Treutlerum* Vol. I. Disput. 20. Th. 10. §. 4. und die oben §. 786. S. 105. Not. 55. angeführten Rechtsgelehrten.

der Schuldverschreibung gesagt worden, daß der Aussteller das Geld bereits vor einiger Zeit empfangen habe, wie bereits oben (S. 107. ff.) gezeigt worden ist[41]).

Das in der Schuldverschreibung enthaltene eidliche Versprechen, das Darlehn wieder zu bezahlen, schließt jedoch die Einrede des nicht empfangenen Geldes nicht aus, weil es die Bedingung enthält, wenn der Aussteller das Geld auf die Handschrift erhalten wird[42]). Insbesondere aber bestätigt dies auch die *L. fin. Cod. de non numerata pecun.* wo es heißt:

Indubitati iuris est, *non numeratae pecuniae exceptionem* locum habere, et in talibus nominibus vel foeneratitiis, vel *aliis cautionibus*, *quae etiam sacramenti habent mentionem.* Quae enim differentia est in huiusmodi exceptione, sive iusiurandum positum est, sive non, tam in foeneratitiis cautionibus, quam in aliis instrumentis, quae talem exceptionem recipiunt.

Wie aber, wenn sich der Aussteller des Schuldscheins per Ausflucht des nicht gezahlten Geldes ausdrücklich begeben hätte? Es lassen sich hier verschiedene Fälle gedenken.

1) Die Entsagung ist erst nach der Ausstellung der Handschrift in einer von derselben ganz unterschiedenen Urkunde

41) S. ZANGER Tract. de exceptionib. P. III. Cap. 14. nr. 38. und Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 5. Band Meditat. 273.

42) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 27. und WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. 3. §. 2. pag. 582.

kunde geschehen. Hier findet die exceptio non numeratae pecuniae nicht weiter Statt[43]).

2) Sie ist in der Schuldverschreibung selbst enthalten; und dann ist sie entweder

a) ohne Eid geschehen. Hier sind alle Rechtsgelehrten darin einverstanden, daß die Entsagung unverbindlich sey, weil man annehmen muß, daß die Entsagung jener Einrede, eben so wie die Ausstellung des Schuldscheins, in der Hoffnung, das Geld zu erhalten, geschehen sey[44]).

b) Die Entsagung ist eidlich geschehen. Hier ist

α) soviel gewiß, daß nach dem Römischen Recht selbst durch eine in der Schuldverschreibung enthaltene eidliche Entsagung die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes nicht ausgeschlossen werde. Es läßt sich auf diesen Fall nicht nur die oben angeführte *L. fin. C. de N. N. P.* vollkommen anwenden, wie auch Pufendorf[45]) ganz richtig bemerkt hat, sondern es erhellet dies auch daraus, weil nach dem Römischen Recht der Eid keine neue Verbindlichkeit hervorbringt, sondern lediglich nur als ein accessorisches Mittel betrachtet wird, die Erfüllung einer wirklich vorhandenen Verbindlichkeit zu sichern. Es kann folglich durch

43) WERNHER Select. Observation. for. Tom. I. P. V. Obs. 246. et Tom. III. P. I. Obs. 46. nr. 3. et Obs. 160. nr. 1. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2046. nr. IV.

44) STRYK de cautel. contractuum Sect. II. cap. VII. §. 8. PUFENDORF Observation. iuris universi. Tom. I. Obs. 64. §. 5. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 86.

45) Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 64. §. 6.

durch den Eid keine Entsagung gültig werden, welche an sich unwirksam ist[46]). Allein ob nicht

β) nach dem canonischen Recht ein Anders zu behaupten sey, ist eine Frage, worüber die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt sind. Es ist bekannt, daß nach dem canonischen Recht ein Eid, der ohne Seelengefahr gehalten werden kann, so kräftig und verbindlich ist, daß dadurch ein sonst an sich ungültiges Versprechen verbindlich gemacht werden kann[47]). Da nun in Deutschland die Kraft der Eide nach dem canonischen Recht beurtheilt wird[48]), so sind viel Rechtsgelehrten[49]) der Meinung, daß die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes durch eine eidliche Renunciation ausgeschlossen werde. Man setzt noch den Grund hinzu, daß der Eid die Vermuthung aufhebe, welche sonst für den Aussteller streitet, daß er die Handschrift in der Hoffnung, Geld zu erhalten, ausgestellet habe. Andere[50]) hingegen behaupten gerade das Gegen-

46) S. Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 120.

47) *Cap. 28. X. de iureiur. Cap. 2. de pactis. in 6to.*

48) BOEHMERI ius eccles. Protest. Lib. II. Tit. 24. §. 23. ibique cit. DD.

49) CARPZOV Iurispr. for. P. I. Const. 32. Definit. 65. nr. 8. *Mod.* PISTORIS P. IV. Quaest. 12. nr. 6. COLERUS de proceff. executiv. P. I. Cap. 10. nr. 248. MENCKEN Introd. in doctr. de actionibus Sect. II. Cap. 2. Membr. 12. §. 15. nr. 5. u. a. m.

50) SCHILTER Prax. iuris. Rom. Exercit. XXII. §. 32. STRYK de cautel. contractuum Sect. II. cap. 7. §. 11. STRUV Decis. Sabbath. Cap. XIII. Decis. 15. in fin. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 64. §. 6. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t.

Qu. 30.

theil, weil auch nach dem canonischen Recht der Eid, cher sich immer nach der Natur der Handlung richtet, welcher er hinzugefügt worden, unter eben der Bedin- ig zu verstehen sey, welche das Versprechen, an sich be- htet, in sich enthält. Es könne daher eine in der huldverschreibung enthaltene selbst eidliche Entsagung exceptio N. N. P. nicht hindern. Denn warum sollte geldbedürftige Schuldner nicht eben so leicht zu bewe- seyn, in der Hoffnung, desto eher Geld zu erhalten, solche eidliche Entsagung der Schuldverschreibung bey- gen? Hierzu komme, daß wenn auch nach dem cano- en Recht der Eid eine an sich ungültige und unver- liche Handlung wirksam machen könne; doch die ung desselben soweit nie gehe, daß dadurch Etwas, an sich wirklich nicht existirt, für geschehen anzuneh- sey.

Ich glaube, daß beyde Meinungen ganz wohl verei- werden können, wenn man mit den Gebrüdern nann[51]), einen Unterschied macht, ob die Entsagung Einrede mittelst eines assertorischen Eides ge- n ist, wodurch der Aussteller des Schuldscheins den hen Empfang des Geldes bekannt und versichert hat, ittelst eines promissorischen Eides, wodurch der

30. LUDOVICI Doct. Pand. h. t. §. 21. BOEHMER iur. h. t. §. 26. WALCH Introd. in controvers. iur. civ. Sect. III. IV. Membr. 3. §. 4. Hymmens Beyträge zur juristi. Lit- r in den Preuß. Staaten 7. Samml. S. 90. und MADIHN encken doctr. de actionib. pag. 297. not. 918.

nsil. et Decision. P. I. Consil. XXXVIII. Qu. 3. et 4. nr. 14. g. 441. sqq.

der Aussteller des Schuldscheins nur blos versprochen hat, sich der Einrede des nicht gezahlten Geldes gegen seine Handschrift nicht bedienen zu wollen. In dem ersten Falle kann die exceptio N. N. P. nicht weiter vorgeschützt werden, wofern nicht der Beklagte einen wahrscheinlichen Irrthum anzuführen, und zu erweisen vermöchte. Denn er würde ja sonst durch Vorschützung jener Einrede seinem eignen Eid entgegenhandeln, und einen Meineid begehen[52]). In dem andern Falle hingegen, da die Entsagung durch einen promissorischen Eid geschehen ist, verhält sich die Sache ganz anders. Hier wird durch den Eid die exceptio N. N. P. weder nach dem Römischen noch nach dem Canonischen Rechte ausgeschlossen. Denn auch nach dem canonischen Rechte ist ein jeder Verpflichtungseid immer unter eben den Bedingungen und Einschränkungen zu verstehen, welche das Versprechen, an sich betrachtet, in sich enthält[53]). So wie demnach das simple Versprechen, die Schuld zu bezahlen, oder die Exceptio N. N. P. nicht vorschützen zu wollen, unstreitig die Bedingung enthält, wenn die Auszahlung des Geldes wirklich erfolgt seyn wird; so ist auch der hinzugekommene promissorische Eid natürlich nur unter eben derselben Bedingung, und also sub spe futurae numerationis für abgelegt zu halten. Bleibt also jene Einrede bey einem simplen Versprechen und bey einer simplen Renunciation zulässig, so

ist

52) Hierin stimmen auch überein MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XVI. Th. 53. not. *n.* SETZER de iurament. Lib. I. cap. 26. nr. 14. BRUNNEMANN Comment. ad L. fin. Cod. de non num. pecun. nr. 3. et 4. und LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 69.

53) *Cap. 3. et 25. X. de iureiur. I. H.* BOEHMERI ius eccles. Protest. Lib. II. Tit. 24. §. 41.

ist sie auch aus eben dem Grunde bey einem eidlichen Versprechen, und einer eidlichen Entsagung für zulässig zu achten [54]).

Noch ist die Frage zu berühren, ob die exceptio N. N. P. auch im Executivproceß mit eben der gesetzlichen Wirkung, wie in dem ordentlichen Proceß, vorgeschützt werden könne? Man versteht unter dem Executivproceß diejenige Verfahrungsart, da der Kläger seine Intention, insofern sie eine persönliche Forderung an den Beklagten betrift, sogleich durch fehlerfreye und ganz liquide Urkunden, oder, wie man zu sagen pflegt, durch klare Brief und Siegel, (*instrumenta guarentigiata*) dergestalt begründen vermag, daß der Richter darauf sogleich zur Execution schreiten kann, wenn der Beklagte die Richtigkeit der Urkunden nicht bestreitet und keine sofort liquiden Einreden dagegen vorzuschützen im Stande ist [55]). Ob diese Proceßart die Einrede des nicht gezahlten Geldes ausschließe, oder nicht, ist eine Frage, worüber die Meinungen der Rechtsgelehrten ebenfalls getheilt sind. Einige [56]) ver-

[54]) Man vergleiche noch *Gail.* MASIUS in Tr. de rei debitae aestimatione P. II. Cap. 21. nr. 2.

[55]) Danz Grundsätze der summarischen Prozesse nach Gönner §. 76. ff. und GROLMANS Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 242. ff.

[56]) HILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXII. §. 20. fqq. SCHAUMBURG Princip. praxeos iurid. iudic. Lib. II. Cap. 2. §. 11. et ****. Ludovici Einleitung zum Civilproceß Kap. 3. §. 2. Bülow und Hagemans practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 1. Band 2 Erört. §. 3.

verweisen diese Einrede ganz aus dem Executivproceß, wofern sie der Beklagte nicht sogleich erweisen kann. Denn dies sey der Natur des Executivprocesses gemäß, welcher sich eben dadurch von dem gemeinen und ordentlichen Proceß unterscheide, daß hier keine anderen Einreden zugelassen werden, als solche, wofür der Beklagte schleunige Beweise vorlegen kann. Diese Proceßart habe das römische Recht nicht gekannt, es könne daher auch bey derselben nicht angewendet werden, sofern die Verordnungen desselben auf diese Proceßart nicht passen. Andere [57]) hingegen lassen diese Einrede auch im Executivproceß mit der Wirkung zu, daß der Kläger die Numeration beweisen müsse, weil die Handschrift, wenn ihr innerhalb des gesetzmäßigen Biennii die Einrede der nicht erfolgten Numeration entgegengesetzt wird, alle Beweiskraft verliert, folglich nun nicht mehr behauptet werden kann, daß der Kläger einen so liquiden Beweis seiner Forderung für sich habe, als das Wesen des Executivprocesses erfordert. Ueberdem gehöre die Einrede des nicht gezahlten Geldes zu den bloß verneinenden. Solche haben auch im Executivproceß statt, weil sie keines Beweises bedürfen, sondern denselben auf den Kläger wälzen, folglich sofort liquid sind.

57) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 69. WERNHER Observat. for. Tom. III. P. I. Obs. 46. nr. 1. Claproths Einleitung in die sämmtlichen summarischen Processe §. 161. a. E. Weber in den Beyträgen zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. Stück Nr. 9. S. 91. f. Gönner im Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses 4. Bd N. LXXVII. §. 8. ff. Martin im Lehrbuch des gemeinen bürgerl. Prozesses §. 240. S. 332. und THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1212. S. 126.

sind. Es sey auch eine ganz auffallende Inconsequenz, die sich nimmermehr rechtfertigen lasse, daß derjenige, welchen die Gesetze von aller Beweislast freysprechen, im Executivproceß nicht nur diese Last übernehmen, sondern sogar zu schleunigen Beweisen verbunden seyn soll. Ja welche Härte, dem Beklagten das ihm von den Gesetzen gestattete Privilegium um der zufälligen Proceßform willen zu entziehen! Noch andere Rechtsgelehrte [58]) gehen einen Mittelweg. Sie sagen, das Privilegium der Einrede des nicht gezahlten Geldes sey zwar der Natur des Executivprocesses nicht gemäß, die exceptio N. N. P. sey daher in dieser Proceßart anders nicht zuläßig, als wenn sie von dem Beklagten sogleich erweislich gemacht werden könne. Außerdem müsse er mit seiner Ausflucht zur Reconvention verwiesen werden. Allein dadurch gehe die Wirkung der gesetzlichen Wohlthat, welche mit der Ausflucht des nicht gezahlten Geldes innerhalb zwey Jahren verbunden ist, nicht verlohren, sondern sey durch den Executivproceß nur aufgeschoben. In der Reconvention habe der Wiederkläger nun die rechtlichen Vortheile der Ausflucht des nicht gezahlten Geldes noch immer zu genießen, weil hier der Wiederbeklagte den Beweis der geschehenen Zahlung zu führen verbunden sey. Unter diesen verschiedenen Meinungen verdient die zweyte billig den Vorzug. Durch diese wird das Privilegium der Einrede gesichert, ohne dem Wesen des Executivprocesses zu nahe zu treten. Denn unstreitig hat der

58) S. Gmelins und Elsässers gemeinnützige jurist. Beobachtungen u. Rechtsfälle. 2. Band Nr. 2. Danz Grundsätze der summarischen Prozesse §. 32. Nr. 6. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 2047.

der Kläger nur dann gerechte Ansprüche auf den Executivproceß, wenn er alle factische Theile seiner Klage durch liquide Beweismittel darthun kann, welche ihm nicht nur im Anfange des Processes, sondern auch bis zum Erkenntniß zur Seite stehen müssen. Nur unter dieser Voraussetzung verbindet die Natur des Executivprocesses den Beklagten zu einem gleichen Beweis seiner Einreden, sofern sie ihrer Natur nach eines Beweises bedürfen. Nun fehlt es aber hier offenbar auf Seiten des Klägers an jener wesentlichen Bedingung des Executivprocesses, wenn ihm der Beklagte innerhalb des gesetzlichen Biennii die Einrede des nicht gezahlten Geldes entgegensetzt. Denn die Gesetze haben ein für allemal dieser Einrede den Vorzug beygelegt, daß sie den Beklagten von aller Beweislast gänzlich befreyet, und diese durchaus auf den Kläger wälzt, welcher die Numeration durch andere Beweise, als durch den Schuldschein, darthun muß, weil solcher unter zwey Jahren gar nichts beweißt, geschweige denn der Forderung des Klägers diejenige Liquidität giebt, welche der Executivproceß nothwendig erfordert. Nach dieser Ansicht ist es wohl keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß die Verordnungen des Römischen Rechts über die Wirkungen der mehr gedachten Einrede mit den Eigenthümlichkeiten des Executivprocesses vollkommen vereinbar sind, wenn gleich das Römische Recht diese Proceßart nicht kennt, wie Gönner [59]) ganz einleuchtend gezeigt hat. Man wird sich hiervon noch mehr überzeugen, wenn man erwägt, welcher unübersehbare Nachtheil dem Beklagten daraus entste-

hen

59) Handbuch des gemeinen Prozesses 4. Band Nr. LXXVII. §. 14. S. 209.

würde, wenn derſelbe nach der dritten Meinung die des Beweiſes mit einem davon untrennbaren Koſten- bande tragen, und, wenn der ſchleunige Beweis nicht eſtellt wird, das Geld erlegen, dann aber daſſelbe durch eine Nachklage wieder zu erkämpfen ſuchen ſollte.

im Wechſelproceß findet eine Ausnahme Statt [60]).

ı es iſt entweder der Valuta in dem Wechſel gedacht, nicht. In dem erſten Falle kann die Ausflucht des gezahlten Geldes dem Wechſelgläubiger gar nicht entgeſetzt werden. In dem letzten Falle iſt wieder zu unıiden, ob die Erwähnung der Valuta in der Wechnung des Orts als ein weſentliches Stück des Wechfordert wird, oder nicht. In dem erſten Falle findet xceptio N. N. P. gegen einen ſolchen Wechſel mit ıer Wirkung, wie gegen eine Handſchrift, Statt. ım letztern Falle hingegen wird ſie blos unter der gung zugelaſſen, wenn ſie der Beklagte ſogleich bekann [61]).

Reichsabſchied vom Jahr 1654. §. 107. und bſchluß vom J. 1671. §. Nachdem auch fünftens. vergleiche *Io. Henr.* BERGER Diſſ. de exceptione non nue pecuniae adverſus cambium. *Vitembergae 1709. Fratr.* NNORUM Conſil. et Deciſion. Part. I. Conſil. XXXVIII. nr. 31. ſqq. pag. 448. und BEBECKE Theſ. iuris cambial. ag. 277. et 438. Anderer Meinung iſt jedoch *Io. Gotfr.* in Diſſ. de quaeſtu et exceptione non numeratae pecuniae illi negotio. *Gieſſae 1747.*

interſcheiden *Chriſt. Gottl.* RICCIUS in Exercitat. iuris s IV. §. 29. ſqq. und Exercit. XVII. Sect. IV. §. 17. 21 55. und *Ioach. Phil.* BEHM in Diſſ. de natura et indole ium in fauſta cambialibus occurrentium. *Goettingae 1783.*

Wer übrigens die Exceptio N. N. P. argliſtig vorſchützt, kann auf das Duplum verurtheilt werden [62]). Hellfeld will zwar den heutigen Gebrauch dieſer Verordnung läugnen, und, ſtatt des Duplums, eine arbiträre Strafe eintreten laſſen. Allein da der Grund des Geſetzes: *ut lites ſic minuantur, et meus pecuniae citius rei dicant, quae confiteri oportet*, noch jetzt ſein vollkommenes Gewicht hat, ſo läßt ſich die Anwendung deſſelben mit Grund nicht bezweifeln [63]). Es muß nur der Kläger durch andere Beweismittel, als durch den Eid, die geſchehene Numeration zu beweiſen im Stande ſeyn [64]).

§. 788.

Wirkung des chirographi nach Ablauf der geſetzlichen Friſt von zwey Jahren. In wiefern findet die exceptio N. N. P. nach dieſer Zeit noch Statt?

Daß nach Ablauf des geſetzlich beſtimmten Biennii das Römiſche Recht die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes nicht mehr geſtatte, ſondern nunmehr die Handſchrift nicht blos einen Beweis wider den Ausſteller, ſondern vielmehr eine neue Verbindlichkeit für den Beklagten begründe,

1783. §. 9. Iſt der Wechſel an einen Dritten richtig indoſſirt, ſo wird auf die Einrede des nicht gezahlten Geldes gar keine Rückſicht mehr genommen, wenn ſie gleich ſofort erweislich wäre. S. Püttmanns Grundſätze des Wechſelrechts §. 181. und Danz Grundſätze der ſummariſchen Prozeſſe nach Gönner §. 94.

62) *Nov. XVIII. cap. 8.*

63) S. den 6. Theil dieſes Commentars §. 501. S. 185.

64) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 79.

ünde, die Zahlung des Darlehns zu leisten, wenn er, ſſelbe empfangen zu haben, ſchriftlich verſichert hat, iſt :eits aben durch die entſcheidendſten Stellen des römiſchen ſetzbuchs außer Zweifel geſetzt worden. Iſt alſo jener emtoriſche Zeitraum einmal verfloſſen, binnen welchen exceptio N. N. P. vorgeſchützt werden konnte, ſo fällt i alle Rückſicht hinweg, ob das Geld wirklich gezahlt, und der Darlehnscontract wirklich geſchloſſen ſey, oder nicht? kann folglich auch der Beklagte mit keinem Gegenbeweis ör finden. Denn er wird jetzt nicht mehr durch den pfang, ſondern durch ſein ſchriftliches Bekennt allein zur Leiſtung der Zahlung verbindlich gemacht. Gläubiger hat nun nach Ablauf jenes geſetzlichen Zeit is ein neues Recht erworben, dieſelbe zu verlangen, es er mittelſt der *condictio ex litteris* oder *ex ographo* verfolgen kann. Der Kläger beziehet ſich nicht mehr auf den Schuldſchein, als Beweismit ſeiner durch die Numeration begründeten Forderung, :n er gründet ſich in dem durch Production des Schuld s ſogleich außer Zweifel geſetzten Litteralcontract, eißt in dem Factum, daß ein Schuldſchein ausge vorden, welcher die Verſicherung des Beklagten ent ein Darlehn empfangen zu haben, und dieſer ſich hr zwey Jahre ungeſtört in den Händen des Klä :funden habe. Nach dieſer Anſicht kann daher auch nmal die exceptio doli Statt haben, wenn das um einmal verſtrichen iſt, wie Pfeiffer [61]) ſehr ch gezeigt hat; obwohl viele das Gegentheil be-

 haupten.

[61]) Vermiſchte Aufſätze über Gegenſtände des deutſchen u. Röm. rechts. S. 108. ff.

haupten [66]). Man beruft sich zwar auf die *L.* 3. *Cod. de N. N. P.* Allein vergebens. Es heißt freylich darin:

Si ex cautione tua conveniri coeperis, *exceptione opposita seu doli* seu non numeratae pecuniae, compellitur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam.

Was hindert uns aber, diese Stelle, mit Beystimmung der übrigen Gesetze, welche den Gebrauch der exceptio N. N. P. bestimmen, blos eingeschränkt auf die Zeit zu erklären, wo das Biennium noch nicht verflossen ist? Daß die Worte des Gesetzes auch wirklich nur hiervon reden, zeigt die dem Kläger aufgelegte Beweisführung ganz deutlich. Wollte man die Wirkung der exceptio doli über diesen Zeitpunct hinaus erstrecken, so müßte zu einer solchen Ausdehnung ein rechtsgültiger Grund vorhanden seyn. Hieran aber fehlt es gänzlich. Es läßt sich vielmehr mit leichter Mühe das Gegentheil darthun. Denn nur solange die Gesetze überhaupt der exceptio N. N. P. die Wirkung beylegen, daß der Kläger die Numeration beweisen muß, und ein mißlungener Beweis derselben für den Beklagten ein absolutorisches Erkenntniß zu Wege bringt; läßt sich annehmen, der Kläger handle betrügerisch, der eine Zahlung zurückverlangt, ohne sie beweisen zu können, weil hier der Kläger sich lediglich auf den eingegangenen Darlehnscontract gründen muß. Hiergegen findet also die exceptio doli, concurrirend mit der exceptio N. N. P. oder mit derselben gleichbedeutend, Statt. Sobald hingegen die Zeit einmal völlig verflossen ist, binnen welcher

66) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 31. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXXII. Corol. 3. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 33. u. a. m.

ber die exceptio N. N. P. Statt findet, so kann von einem Dolus gar nicht mehr die Rede seyn. Denn nun ist für den Beklagten eine neue Verbindlichkeit eingetreten, die Zahlung zu leisten, welche durch die extinctive Verjährung der exceptio N. N. P. begründet worden ist. Der Kläger gründet sich jetzt nicht mehr in einer geschehenen Numeration, sondern darin, daß der Beklagte aus seinem schriftlichen Bekenntniß, welches nun durch den Ablauf des Biennium bestätiget ist, den darin enthaltenen Gegenstand zu bezahlen schuldig sey. Was hülfe es hier dem Beklagten, wenn er auch beweisen könnte, der Kläger sey in mala fide? Denn hier ist ja von einer blos extinctiven Verjährung die Rede ist, welche nach dem Römischen Rechte keine bona fides erfordert [67]). Es versteht sich aber freylich wohl von selbst, daß hier nur von dem Falle die Rede sey, wenn der Beklagte seine exceptio doli blos darauf gründen wollte, daß der Kläger die Bezahlung eines Gegenstandes verlange, den der Beklagte nicht empfangen hat. Denn sollte der Beklagte wirklich zur Ausstellung der Handschrift selbst dolose inducirt worden seyn, und also die entgegengesetzte Einrede eine exceptio doli specialis seyn; so leidet es keinen Zweifel, daß dieser Exception, ohne auf den Ablauf des Biennium Rücksicht zu nehmen, zu jeder Zeit Statt gegeben werden müsse [68]).

67) S. *Gottl. Eus.* OELTZE Diss. qua expenditur quaestio, an et et quatenus litterarum obligatio in Germania locum habeat? *Ienae 1766.* Cap. II. §. 29.

68) S. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 41. pag. 107. WERNHER Observation. for. Tom. I. P. I. Obs. 6. nr. 6.

Einen Fall nehmen jedoch die Gesetze aus, wo der Ablauf des Biennium für den Aussteller des Chirographums unschädlich ist. Dieser Fall tritt bey den Minderjährigen ein. Zu Gunsten derselben hat Justinian *L. 5. Cod. In quib. causis in integrum restitut. necessaria non est.* Folgendes verordnet:

Sancimus, favore imperfectae aetatis *exceptionem non numeratae pecuniae ab initio minoribus non currere*; ne, dum in integrum restitutionem expectamus, vel aliquod emergat obstaculum, per quod huiusmodi beneficio minor uti non possit, vel substantia eius subvertatur.

Es können jedoch auch Grosjährige aus rechtmäßigen Ursachen, z. B. wegen der Abwesenheit, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf des Biennium erhalten, wie aus *L. 13. pr. Cod. de non num. pecun.* erhellet, wo Justinian sagt:

His scilicet, qui *propter aliquas causas* specialiter legibus expressas *etiam elapso quinquennio in praeteritis temporibus adiuvabantur*, etiam in posterum, (licet biennium pro quinquennio statutum est) *eodem auxilio potituris.*

Ob die Lehre des Römischen Rechts von der exceptio N. N. P. noch heutiges Tages anwendbar sey, ist eine Frage, welche hier um so mehr einer Erörterung bedarf, da die Urtheile der heutigen Rechtsgelehrten darüber so ver-

n. 6. et Supplem. ad h. Obs. et P. II. Obs. 355. nr. 2. et 3. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 29. in fin. und Pfeiffer in den angef. vermischten Aufsätzen S. 184. not. n.

verschieden sind. Einige[69]) wollen den heutigen Gebrauch der privilegirten Ausflucht des nicht gezahlten Geldes darum läugnen, weil sie den deutschen Sitten und Gesetzen nicht gemäß sey. Denn nur die Römer hätten sich ordentlicher Weise die Handschrift vorher ausstellen lassen, ehe die Auszahlung des Capitals erfolgt sey; hingegen bey den Deutschen pflege Auszahlung des Geldes und Ausstellung der Handschrift zu gleicher Zeit zu geschehen. Sodann erlaube auch die nach deutschen Rechten erweiterte fides pactorum nicht, von dem Privilegium jener Einrede Gebrauch zu machen. Deswegen habe man von jeher bey den Deutschen den Handschriften, welche ein Schuldbekenntniß enthalten, und welche man insbesondere Handfesten genennt habe, eine vollkommene Beweiskraft, ja fast noch eine größere, als den Zeugen, beygelegt, wie das deutsche Rechtssprüchwort beweise: Briefe sind besser denn Zeugen[70]). Widersprechend wäre es demnach, demjenigen, welcher ein Darlehn erhalten zu haben, schriftlich bekannt hat, den Widerruf seines Bekenntnisses zu gestatten; da nach deutschen Reichsgesetzen auf die bloße Vorzeigung der Obligation wider den Schuldner sogleich mit Execu-

69) S. Joh. Pet. von Ludewig gelehrte Anzeigen (Halle 1743. 4.) 1. Th. 238. Stück. S. 1067. ff. und OELTZE Diss. cit. an et quatenus litter. obligatio in Germ. locum habeat Cap. III. §. 33. sqq.

70) S. Schwäbisches Landrecht Kap. 299. §. 2. nach der Bergerschen u. Kap. 305. Nr. 6. nach der Königsthalschen Ausgabe. Man vergleiche Joh. Friedr. Eisenharts Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. 6. Abth. Nr. XVIII. S. 536. ff.

Execution verfahren werden soll[71]). Schütze demnach der Beklagte vor, auf die ausgestellte Handschrift kein Geld erhalten zu haben, so müsse ihm der Beweis auferlegt werden. Denn er habe die Vermuthung gegen sich. Denn allen ungeachtet gelte aber doch der römische Litteralcontract in Deutschland. Denn dieser beruhe auf der Lehre von der Verjährung, und diese sey auch in Deutschland recipirt. Das deutsche und römische Rechte lasse sich auch ganz wohl mit einander vereinigen. Denn nach jenem beweise die Handschrift auch unter zwey Jahren vollkommen wider den Aussteller; bestreite derselbe dennoch die Richtigkeit des Inhalts, so müsse er den Beweis seiner Einrede übernehmen. Nach dem letztern hingegen bringe die Handschrift nach zwey Jahren eine neue Verbindlichkeit hervor, und bewirke eine neue Klage, wogegen nun die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes nicht mehr Statt finde. Andere[72]) hingegen tragen kein Bedenken zu behaupten, daß die Lehre von der exceptione N. N. P. und der nach zwey Jahren aus einem Chirographum entspringenden Litteralverbindlichkeit auch noch heut zu Tage ganz in der Maaße zur Anwendung kommen müsse, wie sie in dem römischen Rechte

hey

71) Jüngst. Reichsabsch. §. 174. Man s. auch HEINECCII Elem. iuris german. Tom. II. Lib. III. §. 202. sqq.

72) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 6. REINHARTH Select. Observat. ad *Christinaei* Decisiones Vol. I. Obs. 42. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 250. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 880. u. f. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 29. *Io.* SLÜTER Diss. de exceptione non numeratae pecuniae non privilegiata. *Giessae* 1742. §. 22. sqq. *Mich. Gad.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 25. und Pfeiffer in den vermischten Aufsätzen S. 176. ff.

stimmt ist, wofern ihr nicht besondere deutsche Gesetze gegen sind[73]). Allein weder die erste noch die zweyte einung verdient Beyfall. Die richtigere Meinung, welauch von den meisten heutigen Rechtsgelehrten[74]) heptet wird, geht dahin, daß vor Ablauf des in dem nischen Recht bestimmten Biennii die Ausflucht des t gezahlten Geldes noch heut zu Tage gegen ein Chirophum mit eben der Wirkung vorgeschützt werden könne, che ihr in dem römischen Rechte beygelegt ist, weil der emeine Grund des Gesetzes, den Mißbrauch ausgestell Schuldscheine zu verhindern, noch jetzt der nämliche t. Dahingegen muß nach heutigem Rechte dem Beten die Einrede des nicht gezahlten Geldes auch noch nach

Ein Beyspiel hiervon giebt das Preußische Landrecht, ch welchem die Wirkungen eines ausgestellten Schuldscheins rchaus wieder in die Gränzen zurückgeführt sind, welche ein es andere schriftliche Bekenntniß hat. Er begründet nämdie Vermuthung für die Richtigkeit alles dessen, was darenthalten ist, so lange das Gegentheil nicht ausgemittelt den kann. Es gilt also auch das Geständniß des empfanen Geldes gegen den Aussteller, ohne Rücksicht auf einen immten Zeitverlauf, so weit er nicht das Gegentheil zu ersen im Stande ist. S. 1. Th. 11. Tit. 7. Absch. §. 732. ff. h andere Beyspiele hat VINNIUS in Select. iuris Quaestion. I. cap. 41. in fin.

. Christ. Wilh. Wehrn theor. pract. Grundriß der e von gerichtlichen Einwendungen §. 8. Not. 12. S. 15. bers Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und eden. 1. Stück Nr. 9. Gebrüder Overbeck Meditatioüber verschiedene Rechtsmaterien 5. Band Meditat. 272. fner im Commentar über die Heinecc. Institutionen 8. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2048. THISyst. des Pand. Rechts 3. B. §. 1189.

nach Ablauf der gesetzlichen Zeit gestattet werden, im Fall er nämlich den Beweis hiervon zu führen bereit und im Stande ist. Dies ist nicht nur der heutigen Praxis gemäß[75]), sondern es läßt sich diese Meinung auch nach mehreren theoretischen Gründen vollkommen rechtfertigen. Das Canonische Recht, welches immer in Collisions-Fällen den Vorzug vor dem Römischen Rechte behauptet, so weit nicht der Gerichtsgebrauch ein Anders mit sich bringt, stellt hierin andere dem römischen Rechte derogirende Grundsätze auf. Nach dem Canonischen Rechte[76]) findet nämlich keine Verjährung Statt, wenn derjenige, welcher sie vorschützen will, im bösen Glauben ist, und ein Gesetz, welches den Betrüger begünstiget, kann nach den Vorschriften desselben keine moralische Sanction haben. Dies würde aber hier der Fall seyn, wenn der Inhaber der Schuldverschreibung dem Aussteller, welcher nach Ablauf der gesetzlichen Frist die Einrede des nicht gezahlten Geldes vorbrächte, und solche auch zu beweisen im Stande wäre, damit zurückweisen wollte, daß jene Einrede nun nicht mehr Statt finde, sondern verjährt sey. Billig verdient auch hierin das Canonische Recht den Vorzug vor dem römischen, da es den Richter in den Stand setzt, dem Betrogenen zu helfen, und eben dadurch die Rechte der gesunden Vernunft und der

75) MEVIUS P. II. Decis. 22. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 64. §. 3. de CANNEGIESSER Decision. Hasso-Cassell. Tom. I. Decis. 13. nr. 5. und Tom. II. Decis. 248. nr. 17. Hüttners auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 3. Th. Resp. 301. und 302. Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristenfacultät. 1. Band Nr. VII. S. 65.

76) *Cap. fin. X. de praescript.*

r Moral zu handhaben. In dieser Hinsicht wird nun
ut zu Tage die exceptio N. N. P. obwohl freylich gegen
n römischen Sprachgebrauch in die privilegirte und
cht privilegirte eingetheilt [77]). Wird sie nämlich
geschützt, ehe der Schuldschein das gesetzliche Alter
zwey Jahren erreicht hat, so daß der Kläger die Nu-
ration beweisen muß, so wird sie *exceptio N. N. P.*
ivilegiata genennt. Wenn sie hingegen erst nach
Ablauf der gesetzlichen Zeitfrist opponirt wird, und
Beklagte den Beweis derselben übernehmen muß, so
t sie *non privilegiata*. Es ergiebt sich nun also
aus, daß der römische Litteralcontract in Deutschland
fällt. Allein nun entsteht die Frage, ob der Beweis,
her bey der unprivilegirten exceptio N. N. P. dem
lagten obliegt, auch durch Eideszuschiebung geführt
en könne? Auch darüber wird gestritten. Nach der Vor-
ft der Gesetze, und nach dem Ausspruch der Vernunft
diese Frage schlechterdings verneint werden [78]). Es
ier dem Wiederruf eines schriftlichen Eingeständnisses.
solches Bekenntniß konnte vor Justinian nicht an-
widerlegt werden, als durch einen mit klaren Do-
enten geführten Beweis vom Gegentheil desjenigen,
was

. *Frid. Gottl.* ZOLLER Diss. utrum divisio exceptionis non
eratae pecuniae in privilegiatam et minus privilegiatam de-
possit? *Lipsiae 1768.*

an vergleiche Meurers juristi. Abhandlungen und Beob-
ngen 1. Samml. 2. Aufsatz 1. Kap. S. 31. ff. Gönners
buch des deutschen gemeinen Prozesses 2. Band Nr. XLVI.
. S. 376. und MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II.
. in fine.

was in dem Eingeständniß enthalten war [79]). Justinian [80]) gieng zwar weiter, und ließ auch unverwerfliche Zeugen zu. Auf keine Weise aber kann eine Eidesdelation zugelassen werden. Dies lehrt die Vernunft. Denn wer einmal eingestanden hat, kann ja dem Andern nicht mehr zumuthen, noch einen Eid darüber abzulegen, daß das Eingestandene wahr sey. Allein in der Praxis läßt man gleichwohl die Eidesdelation in Gemäßheit des Canonischen Rechts als ein Beweismittel zu [81]).

Zuletzt muß ich noch einer Meinung gedenken, welche viele [82]) behaupten, nämlich daß die exceptio N. N. P. nicht blos beym Darlehn, sondern auch in allen übrigen Realcontracten, die durch die Dation erst ihre wesentliche Vollkommenheit erhalten, nur das Depositum ausgenommen, mit gleicher Wirkung Statt habe. Ganz allgemein, sagt man,

79) *L. 25. §. 4. D. de probat. L. 13. Cod. de N. N. P.*

80) *L. 14. C. de contrab. vel committ. stipulat.*

81) *Cap. 14. X. de fide instrumenter.* PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 64. §. 8. Pütters auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 3. Theil Resp. 301. und 302. *de* CANNEGIESSER Decision. Hasso Cassell. Tom. II. Decis. 248. nr. 17. von Bülows u. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 1. Th. 2. Erört. §. 3. Höpfner im Commentar über die Institut. §. 858. Not. 7. S. 911. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1180. Not. 100.

82) *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 23. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 63. Meurer in den juriſt. Abhandlungen 2. Aufſatz 3. Kap. S. 42. ff. Pfeiffer vermiſchte Aufſätze über Gegenſtände des Privatrechts S. 138. ff. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1180. S. 100.

in, rede die Verordnung Justinians *L.* 14. *pr. Cod. non num. pecun.* worin es heißt:

In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res neratae vel datae esse conscribuntur, — non nuratae pecuniae exceptionem obiicere potest, qui acisse pecunias, vel alias res scriptus sit.

Dies leide keine Einschränkung auf Instrumente über rlehn und Brautgabe. In dem nämlichen Geerden nur *instrumenta depositarum rerum* von Sanction ausgenommen. Die Regel in Ansehung übrigen Realcontracte werde also hierdurch deutlich tiget. Allein eigentlich war hier Justinians Absicht , das exorbitante Privilegium der exceptio N. N. P. mehr auszudehnen, sondern zu beschränken, und das quennium in ein Biennium zu verwandeln. Nun *L.* 5. *C. de N. N. P.* ausdrücklich:

gnorare non debes, *non numeratae pecuniae exceptioi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur.*

hierzu kommt, daß bey allen übrigen Realcontracten der Grund der gesetzlichen Verordnung wegfällt. Darlehn ist wohl der Fall möglich, daß Jemand ang seiner Bedürfnisse eine Handschrift in der Hoffusstellt, Geld zu erhalten. Auch mag wohl ein gam, um desto eher zu dem Besitz der Braut zu n, zuweilen den Empfangschein über das Heyrathshändigen, ehe ihm noch solches überliefert worden lein bey andern Contracten, welche erst durch die und Numeration ihre wesentliche Vollkommenheit , fallen diese Motive weg. Daß bey diesen die

ex-

exceptio N. N. P. nicht Statt finde, sagt auch das Gesetz ganz deutlich. Denn in dem §. 1. der angeführten *L.* 14. *Cod. de N. N. P.* heißt es:

Sed quoniam *securitatibus* et *instrumentis depositarum rerum vel pecuniarum*, talem exceptionem opponere litigatores conantur, iustum esse perspeximus, huiusmodi potestatem in certis quidem casibus prorsus amputare, in aliis vero brevi tempore concludere. Ideoque sancimus, *instrumento quidem depositionis certarum rerum, vel certae pecuniae, securitatibusque publicarum functionum, sive in solidum sive ex parte soluta esse conscribantur, illis etiam securitatibus, quae post confectionem dotalium instrumentorum de soluta dote ex parte, vel in solidum exponuntur, nullam exceptionem non numeratae pecuniae penitus opponi.*

Daß hier nur des Depositums gedacht wird, berechtiget uns nicht zu der Schlußfolge, daß es beym Commodatum oder Pfandrecht anders seyn solle. Denn hier tritt der Grund noch viel stärker ein, warum beym Depositum die Exceptio N. N. P. nicht Statt findet [83]). Setzt der Beklagte bey diesen Contracten dem Kläger die Einrede ent-

83) Man vergleiche *God. Lud.* MENCKEN Diss. de vera indole litterarum obligationis et exceptionis non numeratae pecuniae. *Lipsiae 1749.* §. 18 — 21. OELTZE Diss. an et quatenus litterar. obligatio in Germ. locum habeat? §. 27. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 855. und §. 858. Nr. 2. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 23. not. y.

tgegen, er habe den geklagten Gegenſtand nicht er-
lten, ſo muß zwar freylich auch der Kläger den
rund ſeiner Klage erweiſen, allein der Empfangſchein
weißt wider den Beklagten, und er kann deſſen Be-
iskraft anders nicht, als durch liquidas ac mani-
ſtiſſimas probationes entkräften [84]).

[84]) *L. 25. §. 4. D. de probat. L. 13. Cod. de non num. pecun. L. 6. Cod. de compenſat.*

Lib. XII. Tit. II.

De iureiurando ſive voluntario ſive neceſſario ſive iudiciali.

§. 789.

Zuſammenhang dieſes Titels. Begriff des Eides.

Man hätte erwarten ſollen, daß, nach der Lehre vom Darlehn, nun die übrigen Realcontracte gefolgt wären. Allein, ſtatt derſelben, werden wir uns noch eine Zeitlang mit andern Materien unterhalten müſſen. Es folgt die Lehre vom Eide, als rechtliches Mittel, Prozeſſe zu ſchlichten, betrachtet. In dem *Edicto perpetuo* wird an zwey verſchiedenen Orten vom Eide gehandelt. Zuerſt nach dem Titel de interrogationibus in iure vom *iuramento voluntario*, und dann nach dem Titel de rebus creditis vom iuramento neceſſario [85]). Beyde Edicte haben die Verfaſſer der Pandecten zuſammengezogen, und handeln hier die Lehre vom Eide in ihrem Zuſammenhange ab. Warum aber gerade hier? Weil beym Darlehn, ſo wie bey den übrigen Realcontracten, immer dem Kläger der Beweis obliegt, wenn der Beklagte den Empfang des Gegenſtandes läugnet, und in ſolchen Fällen,

85) S. HEINECCII Opuſc. poſtuma ad hiſtoriam Edictor. edictique perpetui ſpectant. pag. 522. ſqq.

, wegen der Schwierigkeit des Beweiſes, der Eid das einzige Mittel iſt, den Prozeß beyzulegen. Daher ßt es *L.* 1. *D. h. t.*

Maximum remedium expediendarum litium in ım venit *iurisiurandi religio*; qua vel *ex pa-ne ipſorum litigatorum*, vel *ex auctoritate iudicis* de-luntur controverſiae.

Es iſt hier nicht blos, wie Anton Faber [86]) glaubt, n der Eidesdelation die Rede, welche ſowohl außer-ichtlich, als unter Auctorität des Richters geſchehen ın. Nein, Cajus will hier die Gründe angeben, aus lchen der Eid, als ein Mittel, einen Rechtsſtreit zu ſcheiden, betrachtet werden kann. Den einen ſetzt er in n Vertrage der Partheyen, vermöge welchen ſie) dahin vereinigen, daß dasjenige, was der andere Theil chwören wird, für wahr angenommen werden ſoll; den dern aber in dem Urtheil des Richters, wodurch , wegen Mangels eines zur Entſcheidung hinreichenden weiſes, ſelbſt den Eid einer ſtreitenden Parthey auf-t. Es wird alſo hier, wie Gerhard Noodt [87]) ız richtig bemerkt, auf beyde Arten des Verſiche-ngseides gedeutet; den freywilligen, den eine rthey der andern anträgt, und von welchem ſie ver-gsmäßig die Entſcheidung ihrer Sache abhängig machen;

) Rational. in Pand. h. t. ad L. 1. cit.

) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 279. Man ehe auch *Ge. Lud.* BOEHMERI Diſſ. de auctoritate iudicis circa usiurandum in iudicio delatum relatumque. *Goettingae 1772.* . 1.

und den nothwendigen, welchen der Richter, zur Entscheidung des Rechtsstreits, im Falle eines geführten unvollständigen Beweises, einer Parthey auflegt. Diese Erklärung bestätigen auch die Basiliken[88]), in welchen die *L.* 1. *D. h. t.* auf folgende Art lautet: Ὅρκος ἐπιφερόμενος, ἢ παρὰ τοῦ ἀντιδίκου, ἢ παρὰ τοῦ δικαστοῦ, τέμνει τὴν ἀμφισβήτησιν. i. e. *Iusiurandum, sive ab adversario, sive a iudice delatum, controversiam decidit.* Ob nun gleich Cajus in der erklärten Gesetzstelle nur von zwey Hauptarten des Eides redet, so werden dennoch in der Ueberschrift dieses Titels drey angegeben: iusiurandum *voluntarium, necessarium* und *iudiciale.* Welche Arten der Eide durch diese Ueberschrift angedeutet werden, darüber sind die lateinischen und griechischen Ausleger verschiedener Meinung. Die Glossatoren, denen auch Zasius[89]), Voet[90]), Wesenbec[91]) und fast die meisten Commentatoren gefolgt sind, verstehen unter dem erstern immer einen außergerichtlich angetragenen, unter dem andern den vom Richter auferlegten, und unter dem letzten denjenigen Eid, den eine Parthey der andern vor Gericht deferirt. Mit dieser Erklärung stimmt zwar Stephanus[92]), jener griechische Interpres der Basiliken, in so weit überein, daß er unter dem *iuramento voluntario* denjenigen Eid versteht, welcher außergerichtlich nach Art eines Vertrags deferirt wird. Allein darin weicht er von den lateinischen Auslegern ab, daß

88) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. pag. 118.

89) Ad rubr. Tit. Dig. de iureiur. nr. 41. sqq.

90) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 7.

91) Paratitl. Dig. h. t. nr. 7. et 10.

92) Ad Basilica Lib. XXII. Tit. 5. Const. 1. Tom. III. pag. 140.

daß er *iuramentum necessarium* den Eid nennt, welcher dem Deferirenden zurückgeschoben worden ist, und welcher daher von jenem bey Verlust des Processes geschworen werden muß, unter dem *iuramento iudiciali* aber den Eid versteht, welchen der Richter, ohne Antrag der Parthey, aus eigener Bewegung auferlegt. Dieser Erklärung des Stephanus giebt Merillius[93]) allein den Vorzug. Pothier[94]) hingegen, so wie auch Maranus[95]) und Noodt[96]) verstehen mit Arraliara[97]) unter dem *iuramento voluntario* denjenigen Eid, welchen ein Theil dem andern, gerichtlich oder außergerichtlich, deferirt, im übrigen stimmen sie der Erklärung des Stephanus bey. Diese letztere Meinung hält zwar Heineccius[98]) für die wahrscheinlichste. Allein die Erklärung der Lateiner scheint mir dennoch dem römischen Sprachgebrauche und der Meinung der Justinianeischen Compilatoren bey weitem angemessener zu seyn, wie auch Koch[99]) dafür hält.

Soviel nun hiernächst den Begriff des Eides anbetrifft, so sind die Ideen der Rechtsgelehrten sowohl als der

93) Observation. Lib. III. cap. 13. et Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. 18. Fast eben so *Ant.* Schulting Thes. controv. Decad. XXXVIIII. Th. 1.

94) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. 1.

95) Paratitl. Dig. h. t. pag. 294.

96) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 279.

97) *Synopsi. Basilicor.* Tit. 18.

98) Diss. de lubricitate iurisiurandi suppletorii. §. 6. et 7. (in *Opusculor. varior. sylloge.* Exercitat. XVI. pag. 623. seqq.)

99) Diss. de eo, quod iustum est circa delationem iuramenti litis decisorii. *Giessae 1782.* §. 3.

Philosophen darüber sehr verschieden [100]). Gewöhnlich versteht man darunter eine Betheurung, welche unter Anrufung Gottes zum Zeugen der Wahrheit und Rächer der Unwahrheit geschieht. Nicht nur unser Verfasser, sondern unter den neuern auch Georg Ludw. Böhmer [1]), Malblanc [2]), Koch [3]), Pohl [4]) und Herr von Globig [5]) hil-

100) Außer Malblancs klassischem Werke de iureiurando. *Norimbergae 1781.* 8. und den schon an einem andern Orte dieses Commentars 4. Th. §. 341. Not. 27. S. 542. angeführten Schriften, verdienen hier noch folgende bemerkt zu werden. F. W. Oesfeld über die Eidesleistungen. Berlin 1779. Justus von Schmidt genannt Phiseldek über den Eid. Helmstädt 1798. Joh. Ernst Christ. Schmidts Gedanken über den Eid, nebst einem Nachtrage von Grolman, in Desselben Magazin für die Philosophie des Rechts und der Gesetzgebung 1. Bandes 2. Heft Nr. III. et IV. S. 99. u. ff. Flavius (Joh. Gottfr. Steinhäuser) vom Eide. Leipzig 1785. Jos. Maria Schneidt der Eid, aus dem Gesichtspunct der gesetzgebenden Klugheit betrachtet. Wirzburg 1785. 8. Carl Gottl. Anton philosophische Prüfung der verschiedenen Meinungen über den Eid. Leipzig 1803. u. Christ. Gottl. Konopak über den Eid, in Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrs. in den Preuß. Staaten 11. Band S. 199. ff. Die Gesetze dieses Titels der Pandecten erläutert *Guil.* BARCLAIUS in Comm. ad Tit. Pand. de iureiur. in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. III. pag. 910. sqq. Ueber den Titel des Codex de rebus credit. et iureiur. aber hat *Ianus a* COSTA in Praelect. ad illustrior. quosd. titulos, locaque selecta iuris civ. pag. 144. sqq. commentirt.

1) Princip. iuris canon. §. 329.

2) Doctr. de iureiur. §. 6.

billigen diesen Begriff, und zwar vorzüglich aus dem Grunde, weil er mit der Vorstellung der meisten Menschen vom Eide übereinstimme. Allein dagegen ist schon von andern [4]) erinnert worden, daß die Berufung auf Gottes Zeugniß, so wie die ausdrückliche Aufforderung Gottes zur Strafe weder zur Bestimmung des Begriffs vom Eide nothwendig erfordert werde, noch auch überhaupt schicklich, und der Majestät des höchsten göttlichen Wesens anständig sey. Es soll vielmehr durch den Eid blos das deutliche Bewußtseyn der Pflicht, die Wahrheit zu sagen, oder sein Versprechen zu halten, bey dem Schwörenden auf eine Art erweckt werden, daß man mit größerer Sicherheit erwarten kann, in dem Zutrauen auf die Wahrhaftigkeit des Versichernden nicht getäuscht zu werden [7]). Nun können die Gründe, um deren Willen man einer gegebenen Versiche-

 rung

3) Diss. cit. de eo, quod iustum est circa delationem iuramenti §. 1.

4) Diss. de indole iurisiurandi in iudicio delati. *Lipsiae 1786.* §. 1.

5) Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit zur Gründung des historischen u. gerichtl. Beweises 2. Th. S. 19. und S. 93.

6) S. *Car. God. de* WINCKLER Flores sparsi ad doctrinam de iureiurando: *Lipsiae 1789.* Obs. 1. et 2. Anton philosoph. Prüfung der verschiedenen Meinungen über den Eid S. 4. u. ff. und Tittmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts 2. Th. §. 372. Not. n. S. 455. f.

7) In dieser Rücksicht sagt KLEINSCHROD in Specim. resolv. quaestionem: Num iuramentum delatum in iudicio acceptatumque, interveniente morte acceptantis, haberi pro praestito queat? *Wirceburgi 1798.* §. 9. IUSIURANDUM est *solemnis declaratio, qua quis scire se profitetur, et notum habere, impositum sibi a religione, cui adhaeret, officium, colendi semper veritatem.*

rung traut, von zweyerley Art seyn. Entweder blos relative, weil die Versicherung gerade von dem Individuum geschieht, das sie giebt, und weil sie in Beziehung auf ein Verhältniß gegeben wird, von dem man überzeugt ist, es sey der versichernden Person zu theuer, als daß sie es durch Falschheit entheiligen werde; oder absolute Gründe, das heißt, solche, die vernünftigerweise bey jedem Menschen für mächtig gehalten werden müssen, ihn zur Aussage der Wahrheit und Haltung seines Versprechens zu vermögen, nämlich das Verhältniß des Menschen zu demjenigen, den er in seinem Innern als den unbestechlichen Richter und Vergelter seiner pflichtgerechten und pflichtwidrigen Handlungen anerkennt, — zu Gott dem Allsehenden, Gerechten, und Allmächtigen. Nur solche Gründe sind es, welche der Eid enthält, der also nach seinem wahren Begriff in einer durch Berufung auf Gott, als den Allwissenden und Gerechten, gegebenen Versicherung besteht[8]). Eine Betheurung, welche dadurch geschieht, daß die Glaubwürdigkeit einer Sache in eine Beziehung auf etwas anders gesetzt wird, was, außer dem höchsten Wesen, für den Versichernden einen besondern Werth oder Heiligkeit hat, wird zwar auch ein Eid genennt, aber doch nur im allgemeinen oder uneigentlichen Sinn des Worts. So z. B. kann man bey seiner Ehre und Treue, bey seinem Leben, bey seiner Gesundheit, oder auch bey dem Leben und der Wohlfahrt einer andern uns vorzüglich theuren oder ehrwürdigen Per-

8) S. Antons philos. Prüfung der verschied. Meinungen über den Eid. S. 3. Gros Lehrbuch der philosoph. Rechtswissenschaft. §. 235. und Schneiders vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise §. 55.

Person schwören[9]). So schwur Joseph bey dem Leben des Königs Pharao[10]). Die Römer schwuren zur Zeit des Heidenthums beym Genius des Kaisers[11]), nach Einführung des Christenthums aber bey dem Haupt, Leben und Wohlfahrt des Kaisers[12]). Der Mennonit versichert bey Mannenwahrheit. Daß auch eine solche Betheurung die Kraft eines Eides wenigstens insoweit habe, als die Gesetze ihr dieselbe beygelegt, oder die Partheyen sich hierüber vertragsmäßig verglichen haben, leidet keinen Zweifel.

9) Hierauf nimmt THIBAUT im Syst. des P. R. 1. Th. §. 113. der neuesten Ausgabe Rücksicht, wenn er sagt: unter dem Eide sey jede Bethkurung unter Anrufung eines heiligen oder ehrwürdigen Gegenstandes zu verstehen. Man sehe auch Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 118. der neuesten Auflage.

10) 1. Buch Mosis XLII, v. 15.

11) *L. 13. §. 6. D. de iureiur.* Si quis iuraverit in re pecuniaria *per genium Principis*, dare se non oportere, et peieraverit; vel dari sibi oportere; vel intra certum tempus iuraverit se soluturum, nec solvit; Imperator noster cum Patre rescripsit, fustibus eum castigandum dimittere, et ita superdici: πρόωτος μὴ ὄμνυε, id est, *temere ne iurato*. S. *Alb. Phil.* FRICK Disquisit. de iuramendo per genium principis. *Helmstadii 1768. 4.*

12) TERTULLIANUS *Apologet. cap. 32.* bezeugt dies, wenn er daselbst sagt: Sed et iuramus, sicut non *per genios Caesarum*, ita *per salutem eorum*, quae est angustior omnibus geniis. Man sehe auch *L. 41. Cod. de Transact.* ZOSIMUS Lib. V. cap. 49. et 51. gedenkt des unter Honorius üblich gewesenen Eides *per caput imperatoris*, und sagt von demselben in einem gewissen Falle: Ἐπεὶ δὲ κατὰ τῆς τῦ βασιλέως ὀμωμόκεσαν κεφαλῆς, ἐν εἶναι θεμιτὸν αὐτοῖς εἰς τὸν τοιῦτον ὅρκον ἐξα-

fel[13]). Ulpian sagt *L. 3. pr. D. h. t.* Quod si exegi, ut *per salutem tuam* iurares, et iurasti, stabitur: *omne enim omnino licitum iusiurandum, per quod voluit quis sibi iurari, idoneum est: et, si ex eo fuerit iuratum, Praetor id tuebitur.* Dahingegen sagt eben dieser römische Jurist *L. 33. D. eodem.* Qui *per salutem suam* iurat, licet *per Deum* iurare videtur, (respectu enim divini numinis ita iurat,) *attamen, si non ita specialiter iusiurandum ei delatum est, iurasse non videtur: et ideo ex integro solenniter iurandum est.* So wird auch die Betsicherung des Mennoniten bey Mannenwahrheit dem Eide gleichgeachtet, und begründet Eidespflicht[14]). Außerdem aber kann eine unter Berufung auf Ehre, Treue, und

ἐξαμαρτεῖν. i. e. *Sed quoniam per imperatoris caput iuratum est, a tanti iuramenti religione recedere nullo modo fas est.* Carl der Große verbot jedoch diesen Eid. Man sehe dessen Verordnung in *Pet.* GEORGISCH Corp. iur. german. pag. 1164.

13) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 6. de COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 7. et 8.

14) S. Reichs-Visitationsschluß vom Jahr 1768. in Balemanns Sammlung der Visitationsschlüsse die Verbesserung des Kaiserl. Reichskammergerichtl. Justizwesens betreffend. S. 86. Bey andern Personen, als den Mennoniten, findet dieses nicht Statt, auch nicht bey den Hernhuthern. S. Tittmanns Handbuch des peinlichen Rechts 2. Th. §. 373. Not. x. S. 459. Auch selbst bey den Mennoniten nur dann, wenn ihnen vom Gegentheil der Eid deferirt, oder vom Richter aufgelegt wird. Denn gegen einen Dritten hat ihr Zeugniß nicht die völlige Wirkung eines beschwornen Zeugnisses, so daß darauf in einer wichtigen Sache ein verdammendes Urtheil gebauet werden könnte. S. MALBLANC Doctr. de iureiurando. §. 7. pag. 19. §. 113. pag. 492.

und dergleichen geſchehene Verſicherung in Abſicht auf die rechtlichen Wirkungen für keinen Eid gehalten werden [15]). Denn bey allen dieſen kommt es blos auf die relativen Geſinnungen an, welche der Menſch von ihnen hat, der das Verſprechen oder die Auſſage thut. Wenn hingegen der Menſch unter ausdrücklicher Berufung auf Gott, als den Allwiſſenden und Gerechten, an den er glaubt, und den er als ſeinen Richter und Vergelter anerkennt, etwas betheuert, dann hat er ſich die Verbindlichkeit auferlegt, die ihn zur unverbrüchlichſten Wahrheit und Beſtändigkeit auffordert, und den Staat zum unzweifelhafteſten Glauben an ſeine Verſicherung berechtiget. Zum eigentlichen Begriff des Eides iſt alſo ausdrückliche Berufung auf Gott erforderlich. Wie ſich der Menſch die Gottheit denkt, iſt gleichgültig [16]). Daher iſt auch der Schwur, den ein Heide auf das von ihm als Gott verehrte Weſen ablegt, vollkommen hinreichend, um die Eidespflicht zu bewirken [17]),

Genug

15) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20. *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iuris canon. §. 332. und Tittmann in dem angef. Handbuche des P. R. 2. Th. §. 372. S. 456. Anderer Meinung iſt zwar *Ant.* MATTHAEUS de criminibus Lib. XLVII. Tit. ult. Cap. I. nr. 4. Man vergleiche jedoch *Herm.* ZOLL D. de promiſſionibus generoſa fide vallatis. *Rintel 1695.* Cap. 6.

16) *L. 5. §. 1. D. h. t.* ſagt: iuriiurando, *quod propria ſuperſtitione iuratum eſt*, ſtandum. Unſer Erlanger Pandecten Codex lieſet zwar hier, *non* ſtandum. Eben ſo Baudoza. Allein unrichtig. Das Anſehen des Florentiniſchen Codex und der Baſiliken Tom. III. pag. 119. widerſtreitet. S. IAUCH Medicat. critic. de negationibus Pandectar. pag. 20. In dem Gebauerſchen Corpus iuris iſt dieſes nicht bemerkt worden.

17) S. MATTHAEUS de criminib. Lib. XLVII. Tit. ult. Cap. I. nr. 1.

Genug wenn der Schwörende die Gottheit, welche er anruft, – als ein über ihn gebietendes Wesen anerkennt. Ueberhaupt aber kommt es bey der Bestimmung des Begriffs vom Eide blos auf die Erinnerung an Gott und seine Gebote an. Eine Verzichtleistung auf Gottes Gnade, auf zeitliche und ewige Glückseligkeit [18]), ist dazu nicht erforderlich, und enthält, wie Garve [19]) mit Recht sagt, eine Ungereimtheit und eine Unmöglichkeit. „Eine Ungereimtheit, weil kein Mensch seiner Glückseligkeit, und dem, was er dazu für nothwendig hält, entsagen, noch seinen Willen dazu geben kann, ewig elend zu seyn. Eine Unmöglichkeit, weil ja Gottes Rathschlüsse und Verfahren in Absicht des Menschen sich nicht nach dessen ausgesprochenen Worten, oder nach seiner Einwilligung richten." Es ergiebt sich aus dem allen, daß Cicero [20]) das Wesen des Eides ganz richtig bestimmt, wenn er sagt: *iusiurandum* est affirmatio religiosa, d. i. eine durch Religion verstärkte Versicherung. Er kann hierunter, wie auch Garve

18) Daher ist der Begriff, den Schmidt genannt Phiseldeck in der angef. Abhandlung über den Eid §. 2. giebt, wenn er sagt, der Eid sey eine feyerliche Bekräftigung irgend einer Behauptung, bey welcher der Schwörende auf den Fall des vorsätzlichen Hintergehens sich derjenigen Wohlthaten ausdrücklich begiebt, die er vermöge seiner Religionsgrundsätze von der Gottheit hofft, wie er selbst Not. *. S. 3. einräumt, nicht philosophisch richtig. Siehe auch Antons philosoph. Prüfung der verschiedenen Meinungen über den Eid. S. 4. u. 5.

19) In den philosoph. Anmerkungen u. Abhandlungen zu Cicero's Büchern von den Pflichten. 3. Buch. S. 275. ff.

20) *De officiis Lib. III. cap. 29.*

e[21]) bemerkt, nichts anders anzeigen wollen, als daß e höhere Verbindlichkeit des Eides entweder aus der stär- rn Bekräftigung herkomme, welche in der Berufung auf ott liegt, oder aus dem größern Gewichte, welches alle flichten durch das Andenken an denselben bekommen. ie Richtigkeit dieser Bemerkung ergiebt sich aus folgenden orten, die hier einen Platz verdienen. *Quod autem af- mate, quasi Deo teste, promiseris*, sagt Cicero, *id te- ndum est. Iam enim non ad iram Deorum, quae nulla , sed ad iustitiam et ad fidem pertinet.*

§. 790.

aterie und Form des Eides. Was wirkt eine Versicherung an Eides Statt?

Das Wesentliche bey einem Eide, oder die Materie selben besteht nun in einer bestimmten Berufung auf ott, als den Allwissenden und Gerechten. Mit welchen sdrücken und Umschreibungen dieses geschieht, ist gleich- l. Jedoch ist ein Unterschied zwischen gerichtlichen und ergerichtlichen Eidesleistungen. Bey den Eidesleistun- der ersten Art ist die Formel gewöhnlich vorgeschrie- . Sie fängt sich insgemein mit den Worten an: Ich wöre zu Gott dem Allwissenden und All- chtigen oder Gerechten; und schließt sich mit den rten: So wahr mir Gott helfe, und sein iliges Wort oder Evangelium[22]). Bey den außer-

[21]) Am angef. O. S. 274.

[22]) Diese Formel ist in dem Passauer Vertrage vom Jahr 552. §. 10. und den Separat-Artikeln §. 3. ferner in dem

außergerichtlichen Eiden hingegen ist keine Schwörungsformel vorgeschrieben. Eine jede Formel ist also hier zulässig und gültig, welche vim iurisiurandi ausdruckt, in sofern nur die ernstliche Absicht, sich dadurch eidlich verbindlich machen zu wollen, daraus deutlich abzunehmen ist. Daß diese Absicht durch die Formel: bey dem Wort der ewigen Wahrheit, zu erkennen gegeben werde, leidet keinen Zweifel [23]). Eben dies ist von der Formel: So wahr ich denke selig zu werden, oder bey meiner Seelen Seeligkeit, zu behaupten [24]), wenn gleich bey

ge-

dem Reichsabschiede v. J. 1555. §. 107. u. dem Concept der C. G. O. Th. I. Tit. 71. den Katholiken und Augsburgischen Glaubensverwandten in Gemäßheit des *cap. 4. X. de iureiur.* vorgeschrieben. S. MALBLANC Doctr. de iureiurando §. 93. pag. 378. Ernst Ferd. Klein über die Schlußformel des Eides; in desselben vermischten Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung u. Rechtsgelehrsamkeit 1. Band St. 3. Nr. IV. u. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyseri* Meditat. ad Pand. Tom. II. Fasc. I. Obs. 302. Sollte jedoch der Richter auch eine andere gleichbedeutende Formel gebraucht haben, welche das Wesentliche eines Eides enthält, so ist darum die Ableistung des Eides nicht für ungültig zu halten. S. von Tevenar Theorie der Beweise im Civilproceß. S. 109. der neuesten Auflage (Magdeburg 1805.) und Schneiders Lehre vom rechtlichen Beweise §. 482.

23) Anderer Meinung ist zwar CARPZOV P. II. Const. XVI. Def. 6. Allein man sehe *I. H.* BOEHMERI ius eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 58. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 43. §. 2. und MALBLANC cit. Doctr. §. 7. pag. 16. Not. 5.

24) S. BOEHMERI Exercitat. ad Pand. Tom. III. Exercit. I. Cap. 2. §. 14. not. gg. pag. 382. und Fried. von Bülow's

und

lichen Eiden dieſe Formel nicht für hinreichend gehalten
d [25]). Bey auſſergerichtlichen Eiden wird auch die Formel: Eides Statt für hinreichend gehalten [26]), ſofern nicht Geſetze oder der Gerichtsgebrauch in einzelnen Fällen h bey auſſergerichtlichen Geſchäften einen förmlichen Eid rdern [27]). Denn derjenige, von dem eine Angelobung unter

nd Theod. Hagemanns pract. Erörterungen aus al- n Theilen der Rechtsgelehrſamkeit 1. Band Erört. XXXIII. 5. 177.

S. Hymmens Beyträge zur juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten. 2. Samml. S. 83. und von Tevenar Theorie der ieweiſe im Civilprozeß 2. Abſchn. 3. Kap. S. 110. der neueſten uflage. Magdeburg 1805.

Vergl. *I. H.* BOEHMERI ius eccleſ. Proteſt. Tom. I. Lib. II. it. 24. §. 5. de COCCEJI ius civ. controv. h. t. Q. 9. Struens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 24. §. 2. von Bülow's Hagemanns pract. Erörterungen 1. Band Erört. XXXIII. §. 177. Anderer Meinung ſind zwar BERGER in Oecon. iuris ib. IV. Tit. 25. Th. 1. Not. 9. LEYSER Meditat. ad Pand. ol. II. Specim. CXXXV. Cor. 2. und Gmelin von Aufſätzen der Verträge. §. 15. S. 20. ff. Allein man ſehe MÜLLER in bſervat. pract. ad Leyſerum Tom. II. Faſc. 1. Obſ. 302. pag. 57.

So z. B. iſt dieſe Formel nicht hinreichend, wenn von dem ölichen Verſprechen eines Minderjährigen die Rede iſt, wodurch die Rechtswohlthat dieſes Alters ausgeſchloſſen werden l. S. Quiſtorps Beyträge Nr. 24. S. 378. EMMINGHAUS *Cocceſum* h. t. Qu. 9. not. 2. Man vergleiche auch den Th. dieſes Commentars §. 458. S. 558. Man rechnet rher gewöhnlich auch die eidliche Entſagung der Auth. *Si a mulier*, wenn ſich eine Ehefrau für die Schulden ihres annes verbürgen will. S. LEYSERI Medit. ad Pand. Vol. III. ecim. CLXXI. Cor. 3. *Fratr.* BECMANNORUM Conſil. et De-

cif.

unter dieſer Formel geſchieht, unternimmt ſie eingedenk der Eidesformel, und unter der ſtillſchweigenden Zuſage, daß ihm die einfache Verſicherung eben ſo heilig ſey, als die förmliche [28]). Durch die Formel: an Eides Statt, wenn unter derſelben z. B. eine Entſagung geſchehen iſt, wird daher unſtreitig das Gewiſſen eben ſo ſtark verbunden, als durch jede andere Schwörungsformel, welche das Weſen des Eides enthält [29]). In den Gerichten wird jedoch eine Angelobung an Eides Statt nur bey geringfügigen und ſummariſchen Sachen zugelaſſen [30]); und die Verletzung derſelben wird auch nicht mit der ordentlichen Strafe eines wahren Meineides belegt [31]).

§. 791.

cif. P. I. Deciſ. 12. pag. 213. HOMMEL Rhapſod. Quaeſt. for. Vol IV. Obſ. 598. nr. 5. Allein außer Zweifel iſt dieſes nicht. Die Nothwendigkeit eines förmlichen und körperlichen Eides läugnen in dieſem Falle PUFENDORF Tom. I. Obſ 43 §. 2. von Bülow u. Hagemann in den pract. Erörterungen 1. Band Erört. 33. und Struben in den rechtl. Bedenken 1. Th. Bed. 24. §. 2.

28) S. Tittmanns Handbuch des deutſchen peinlichen Rechts 2. Th. §. 373.

29) v. Bülow's u. Hagemanns pract. Erörterungen a. a. O. S. 177.

30) S. RHEINGHAUS ad *Carpzov* l. c. Tom. II. pag. 146. not. x. und *Io. Chriſt.* HARTUNG Diſſ. de formula an Eides Statt. *Ienae 1690.* Th. 16.

31) S. Quiſtorps Grundſ. des peinl. Rechts 1. Th. §. 135. Feuerbachs Lehrbuch des peinl. Rechts §. 419. und MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 98.

§. 791.

yerlicher oder körperlicher und nicht feyerlicher Eid.

In Anſehung der Art, wie der Eid geleiſtet wird, n derſelbe entweder ein feyerlicher oder nicht erlicher ſeyn, je nachdem derſelbe entweder mündlich) einer vorgeſchriebenen Formel und mit gewiſſen äußer- n Förmlichkeiten abgelegt wird, oder nicht. Die For- itäten, welche bey einem ſolennen Eide zu beobachten , ſind von zweyerley Art [32]).

I. Gewöhnliche. Zu dieſen gehört

1) Die Erklärung des Eides, und Belehrung von Wichtigkeit und Heiligkeit dieſer Handlung, womit zu- h eine Warnung vor dem Meineide, und deſſen bür- ichen und geiſtlichen Folgen verbunden wird. In Ab- auf die Nothwendigkeit einer ſolchen Warnung gilt Anſehen der Perſon, und es iſt ganz unrichtig, wenn ge [33]) die Warnung nur bey gemeinen, nicht hinläng- aufgeklärten, oder verdächtigen Perſonen erfordern. iſt vielmehr die Eideswarnung, zur Sicherung des ners desjenigen, der den Eid ableiſten ſoll, ganz all- ein nicht nur als nützlich, ſondern auch als nothwendig ein-

S. *Iac. Frid.* LUDOVICI Disp. de ſolennibus iuramentorum. *lae 1702.*

Sam. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 12. von Tevenar eorie der Beweiſe im Civilproceß 5. Abſchn. S. 265. der ieſt. Aufl. und Schneiders Lehre vom rechtlichen Beweis §. 480.

eingeführt, und dem Richter steht es nicht frey, blos nach seiner Willkühr, ohne die Einwilligung der Gegenparthey, eine Ausnahme von der Regel zu machen [34]). Nur in Ansehung der Art, wie sie geschieht, kommt es

a) auf die Qualität der Person an, die einen Eid schwören soll, indem sie freylich bey solchen Personen, bey denen man in Rücksicht ihres Standes, ihrer Erziehung und sonstigen bürgerlichen Verhältnisse keine vollkommen richtigen Begriffe von der Wichtigkeit und Heiligkeit des Eides mit völliger Zuverlässigkeit voraussetzen kann, nachdrücklicher und ernstlicher geschehen muß, als bey solchen, welchen man desfalls bessere Begriffe zutrauen kann. Der höhere Stand an und für sich giebt jedoch hierin noch kein Vorrecht vor dem niedern Stande. Denn daß jenem eine strengere Gewissenhaftigkeit, und regere Gefühle der Pflichten gegen Gott und seinen Nebenmenschen mehr eigen wären, als dem niedern Stande, läßt sich wohl mit völliger Zuverlässigkeit nicht voraussetzen, da nicht selten bey dem letztern mehr wahre Moral und Religion angetroffen wird.

b) Auf die Qualität des Objects. Denn je wichtiger der Gegenstand des Eides ist, je größer daher die Versuchung zu einem Meineide ist, desto nachdrücklicher muß die Warnung geschehen.

c) Auf die Ursache der Eidesleistung, nämlich ob Jemand als Parthey, oder blos als Zeuge schwören soll,

34) Man vergleiche hier vorzüglich Fried. von Bülow's und Theod. Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 2. Band Erört. 15. S. 169. u. ff.

l, da letzter insgemein weniger, als erster, interessirt [35]).

2) Leistung des Eides vor Gericht [36]). Ob er dem ordentlichen, oder vor dem commissarischen Rich- abgelegt wird, ist gleichgültig [37]). Es muß nur der compe- te Richter seyn, bey welchem die streitige Rechtssache anhän- ist [38]). Der von einem incompetenten Richter abgenom- ne Eid hat nur die Wirkung eines außergerichtlichen [39]).

3) Mannspersonen müssen bey der Abschwörung die y vordersten Finger der rechten Hand, den Daumen, ttel- und Zeigefinger, aufheben; und zwar hat hier der hter genau darauf zu sehen, daß der Schwörende die aufge- ten Finger einwärts gegen das Gesicht zu kehre, weil der ge- ne Mann den Aberglauben hat, daß durch die entgegenge- e Richtung der Finger die Folgen eines falschen Eides ab-

S. *Gust. Henr.* MYLII Diss. de officio iudicis et clerici in actu monitionis de vitando periurio. *Lipsiae 1737.* Oesfeld er Eidesleistungen §. 32. und Seiler über Eidesverwar- ng zum Gebrauch in den Gerichten. Erlangen 1791. 4.

Peinl. Gerichtsordn. Carls V. Art. 107. „vor chter oder Gericht." In der Regel muß der Eid an der entlichen Gerichtsstelle abgelegt werden, doch finden auch snahmen Statt. S. Mehlen Anleitung zum gerichtlichen ceß. 1. Th. §. 300. Schneiders Lehre vom rechtlichen weise §. 485. u. Tittmanns Handbuch des peinl. Rechts h. §. 375. Not. h. S. 463.

ittmann a. a. O. §. 375.

chneiders Lehre vom rechtlichen Beweise. §. 477.

ittmann a. a. O. S. 464.

gewendet werden könnten [40]). Frauensperſonen und Geiſtliche ſetzen dieſe Finger auf die linke Bruſt [41]).

4) Die Eidesformel muß dem Schwörenden vorgeſagt, und von dieſem deutlich von Wort zu Wort nachgeſprochen werden. Iſt der Schwörende ſtumm, ſo muß er ſowohl den ganzen Inhalt des von ihm abzulegenden Eides, als auch die Eidesformel in Gegenwart des Richters niederſchreiben und unterzeichnen [42]). Einer tauben Perſon wird der Inhalt des Eides und die Eidesformel ſchriftlich vorgelegt, und ſie muß alsdann die letztere ableſen [43]). Von dieſer vorgeſchriebenen Formel, nicht, wie andere [44]) ſagen, von der der Eidesleiſtung vorausgehenden Erklärung und Warnung, wird ein ſolcher Eid ein gelehrter Eid genennt [45]); von dem Vorſagen oder Vorleſen der Eides-

40) THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1155. und von Tevenar Theorie der Beweiſe im Civilproceß 5. Abſchn. S. 266.

41) Dieſer Gebrauch iſt ſehr alt. Den Grund und Urſprung deſſelben unterſucht Gundling in Gundlingianis Stück IV. Nr. 2.

42) S. Schneiders Lehre vom rechtlichen Beweiſe. §. 483. und 485.

43) Schneider in der angef. Schrift §. 487.

44) KRESS Comment. ad Art. 107. C. C. C. §. 1. Not. 2. von Quiſtorp Grundſätze des peinl. Rechts §. 132. PÜTTMANN Elem. iur. crim. §. 119.

45) Art. 107. der peinl. Gerichtsordn. Carls V. welcher die Ueberſchrift hat: Straff derjenigen, ſo einen gelehrten Eyd vor Richter und Gericht meineydig ſchwören. Daß unter einem gelehrten Eide ein förmlich abgefaßter und wörtlich vorgeſchriebener

Eidesformel aber ein geſtabter Eid [46]). Man nennt den ſolennen Eid auch einen körperlichen Eid. Ob dieſes in Beziehung auf den Körper des Schwörenden wegen der Aufhebung der Hand, oder Berührung der Bruſt geſchieht; oder nicht vielmehr in Beziehung auf den Gegenſtand, welcher ſonſt bey der Ableiſtung des Eides berührt wurde, wo es üblich war, die Finger auf Reliquien, oder das Evangelienbuch, oder an des Richters Stab zu legen [47]), iſt ſtreitig. Erſteres behauptet Cujaz [48]), letzteres aber mit mehrerem Grund Merillius [49]).

II. Außerordentliche Feyerlichkeiten, welche nur in gewiſſen Fällen gebraucht werden, um dadurch

 deſto

ner Eid verſtanden werde, haben *de* BOEHMER in Meditat. ad Art. 107. C. C. C. §. 3. und beſonders WALCH in Gloſſar. germ. interpretat. C. C. Carol. inſervient. voc. Gelehrt. pag. 304. ſqq. aus dem Sprachgebrauche des Mittelalters erwieſen. Man ſehe auch MALBLANC de iureiur. §. 98. pag. 401. Not. 574. und Tittmanns Handbuch des peinl. Rechts 2. Th. §. 376. Not. y. S. 467.

i) Von ſtaben, welches in der alten deutſchen Sprache ſoviel heißt, als vorleſen oder vorſagen. S. *Chriſt. Frid.* HARPPRECHT de iureiurando ſcriptura praeſtito. *Tüb. 1745.* §. 10. Not. 69. und WALCH in Gloſſar. cit. pag. 305. ſqq.

) *L. 12. §. 5. C. de reb. credit. et iureiur. L. 12. C. de iudic. L. 7. §. 5. Cod. de curat. furioſi Nov. 123. cap. 7.* S. Carl Frid. Kopps ausführliche Nachricht der ältern und neuern Verfaſſung der geiſtl. und civil Gerichte in den Heſſen Caſſelſchen Landen. 1. Th. §. 371.

) Paratitl. ad Tit. Cod. Si adv. venditiog. und in Expoſit. Nov. 51.

) Obſervation. Lib. VIII. cap. 40. Man ſehe auch BRISSONIUS de verbor. ſignificat. v. *Corporaliter.*

desto mehr Eindruck auf den Schwörenden zu machen. Dahin gehört die Zuziehung eines oder mehrerer Geistlichen, die Ueberdeckung des Gerichtstisches mit schwarzem Tuche, Aufstellung des Crucifixes, Anzündung zweyer Lichter, Berührung des Evangelienbuchs u. d. m.*) Diese außerordentlichen Feyerlichkeiten dürfen nicht gebraucht werden, wo sie nicht hergebracht sind[50]). Nicht einmal die Zuziehung eines Geistlichen ist ohne besondere Gründe zulässig[51]). In peinlichen Fällen ist jedoch der Fall häufiger, daß beym Reinigungseide ein oder mehrere Geistliche zugezogen werden[52]); als in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Hier muß der Schwörende des Meineides schon sehr verdächtig seyn, wenn zu diesen außerordentlichen Feyerlichkeiten geschritten werden soll[53]).

Mit mehreren eigenthümlichen Formalitäten ist der feyerliche Judeneid verbunden[54]). Sie bestehen darin.

1) Der

*) S. Just. von Schmidt über den Eid. §. 17 ff.

50) S. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. V. Obs. 644.

51) Martins Lehrbuch des bürgerlichen Processes §. 219. not. d. (der 2. Aufl.) Man sehe auch MYLIUS de admonitione de vitando periurio, quae fit per clericum.

52) Wiese Handbuch des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts. 2. Th. §. 165. S. 191.

53) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Proceß. 2. Th. §. 334. und MALBLANC de iureiur. §. 95.

54) Man vergleiche Cam. Gerichtsordn. Th. 1. Tit. 86. und die Allgem. Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten. Th. I. Tit. 10. §. 317. ff. Philipson über die Verbesserung des Judeneides. Neustrelitz 1797. Joh. Bernh. Ohsan über den Werth des Judeneides vor christl.

Obrig-

1) Der Eid muß in der Synagoge, bey verſammel-
er Gemeinde, abgelegt werden, wohin alſo auch der den
Eid abnehmende Richter ſich zu begeben hat.

2) Der Schwörende muß zwey ſelbſt gewählte Zeugen
itbringen, auch muß der Rabbiner des Orts, oder, an
ſſen Statt, ein jüdiſcher Aſſeſſor, oder Gelehrter bey
r Handlung gegenwärtig ſeyn. Dieſer Rabbiner, oder
ſſeſſor kann jedoch im Nothfalle auch die Stelle des zwey-
n Zeugen vertreten.

3) Betrifft der Eid die eigene Sache des Schwören-
n, und die Gegenparthey deſſelben iſt ebenfalls ein Jude,
der in dem Orte wohnt, ſo muß auch dieſer in Perſon ge-
nwärtig ſeyn. Dieſem wird von dem Rabbiner oder
eſſor die Strafe des Bannes angedrohet, wenn er etwa
ne Grund auf dem Eid beſtünde, und er beantwortet
e Drohung mit Amen.

4) Der Schwörende muß nun ſich durch Abwaſchung
Hände, und durch Anlegung des Gebetmantels und
Gebetſchnur zur Eidesleiſtung vorbereiten.

5) Hierauf folgt die Warnung vor dem Meineide,
he der Rabbiner dem Schwörenden vorhalten muß*).

rigkeiten. Göttingen 1794. und Joh. Chriſt. Preu
dnung des jüdiſchen Eides vor chriſtlichen Gerichten. Wal-
ſtein 1783.

*) Dieſe Warnung lautet nach dem in der Preuß. Gerichts-
nung 1. Th. 10. Tit. §. 330. vorkommenden Formular
endermaſſen: „Ein jeder gläubiger Iſraelit iſt ſchuldig, der
rigkeit, ſie ſey jüdiſch, oder chriſtlich, bey Rechtsſtreitigkei-
ten

6) Nach dieser Warnung muß der Richter mit Beyhülfe des Rabbiners nochmals die Güte zwischen beyden Theilen versuchen.

7) Ist

ten die Wahrheit zu gestehen, und solche, auf ihr Begehren, mit einem Eide zu bekräftigen. Ein von der christlichen Obrigkeit geforderter Eid ist also, nach der Lehre der Rabbiner, für keinen unrechtmäßiger Weise erzwungenen Eid zu achten. Wer daher die christliche Obrigkeit durch einen falschen Eid hintergeht, oder dabey etwas anders denkt, als er sagt, der entheiliget den Namen Gottes, und begeht einen Meineid. Der Meineid ist das schrecklichste Verbrechen, dessen sich der Mensch schuldig machen kann. Die ganze sittliche Welt beruhet, (wie die Rabbiner sagen) auf dreyerley, auf Recht, Wahrheit, und Frieden. Ungerechtigkeit und Lügen sind also schon an sich selbst höchst strafbare Verbrechen, indem sie die Zerrüttung der sittlichen Welt zur Folge haben. Bey einem Meineide kommt der Frevel dazu, daß der Meineidige den Gott der Wahrheit zum Zeugen der Unwahrheit, und den Gott der Gerechtigkeit selbst zur Bestrafung der Ungerechtigkeit auffordert, und also den Namen des Allerhöchsten bey einer sehr schändlichen That mißbraucht. Daher auch die ganze Welt erschüttert worden, als der Gott unserer Väter auf dem Berge Sinai die Worte hat hören lassen: Du sollst den Namen des Ewigen, deines Gottes, nicht bey einer Unwahrheit mißbrauchen. Wenn jeder andre Verbrecher durch Buße und Sinnesänderung von der Strafe Gottes sich befreyen kann, so kann doch der Meineidige durch die stärkste Buße, ohne hinlänglichen Ersatz, keine Vergebung hoffen; denn es heißt ausdrücklich: Der Ewige, dein Gott, wird denjenigen nicht ungestraft lassen, der seinen Namen bey einer Unwahrheit mißbraucht. Bey einem jeden andern Verbrechen trifft die Strafe blos den Sünder, und die Mitschuldigen, oder die dem Uebel hätten steuern können;

7) Ist dieser Versuch fruchtlos, und besteht also der Gegentheil auf der Ableistung des Eides, so redet der Rabbiner nun den Schwörenden an:

Wisse, daß du nicht nach deinem Sinne und deiner Auslegung der Worte; sondern nach dem Verstande, den wir und die Richter mit den Worten verbinden, den Eid ablegest.

8) Nach dieser zweyten Ermahnung tritt der Schwörende vor dem Gesetzschrank. Der Klopfer öffnet die Thüre des Schranks, nimmt eine bekleidete Thora heraus, und giebt sie dem Schwörenden in dem Arm.

9) Alsdann wird dem Schwörenden, wenn derselbe geschriebenes lesen kann, die Formel des Eides, welchen er ableisten soll, in die Hand gegeben, und er eröffnet den Schwur mit den Worten:

Ich

nen; bey einem Meineide aber leidet die ganze Familie des Verbrechers; ja das ganze Land, in welchem er wohnt, empfindet die darauf folgende göttliche Strafe. Bey einem jeden andern Verbrechen wird dem Verbrecher öfters, durch die Langmuth des barmherzigen Gottes, nachgesehen; auf einen Meineid aber folgt die Strafe unverzüglich; denn so heißt es in dem Propheten Zacharias Kap. 5. V. 4. Ich will den Fluch hervorbringen, spricht der Herr Zebaoth, daß er soll kommen über das Haus des Diebes, und über das Haus derer, die bey meinen Namen fälschlich schwören, und er soll bleiben in ihrem Hause, und soll es verzehren, sammt dem Holz und den Steinen."

Ich schwöre bey Adonai[56], dem Gott Israels ꝛc. Am Schluß des Eides wird die Bekräftigungsformel beygefügt:

Wenn ich falsch schwöre, so müssen mich alle die Strafen treffen, die mir in der geschehenen Vermahnung angedeutet worden sind. Amen.

10) Kann der Schwörende nicht lesen; so spricht er die Eidesformel dem vorlesenden Rabbiner von Wort zu Wort nach. Das Wort *Adonai* darf aber, weil nach jüdischen Religionsgrundsätzen die Wiederholung desselben, bey eben derselben Handlung, für sündlich gehalten wird, nicht vorgelesen, sondern muß dem Schwörenden blos auf der in der Schule befindlichen Tafel vorgezeigt werden, damit er solches selbst ausspreche.

11) Bey der Ableistung des Eides legt der Jude die rechte Hand auf die mosaischen Gesetze, wobey 2. Buch Mose *XX.* V. 7. aufgeschlagen wird.

Wird der Eid ohne die bisher beschriebenen Formalitäten abgelegt, so ist er ein unfeyerlicher Eid, und kann mündlich oder schriftlich, mit der Eidesformel, oder durch bloße Angelobung an Eides Statt geschehen.

§. 792.

Erfordernisse des Eides. 1) *Veritas.*

Es ist nun eine Hauptregel, daß der Eid immer den Religionsgrundsätzen des Schwörenden gemäß eingerichtet werde.

56) Das Wort *Adonai* muß mit den hebräischen Mitlautern des Worts *Iehovah* bezeichnet seyn.

erde. Denn ſonſt würde der Zweck der Eidesleiſtung
cht erreicht werden. Daher wird der Judeneid anders,
s ein Chriſteneid gefaßt. Alle Eidesleiſtung ſetzt alſo
raus, daß der Schwörende Religion habe. Daher kön-
n diejenigen, welche die Exiſtenz einer Gottheit ganz läug-
n, nicht zum Eide gelaſſen werden [57]). Sie werden dann
er auch der Vortheile verluſtig, die für ſie von der
ſtung eines Eides abhangen [58]). Ein gleiches iſt von
ien zu behaupten, die ſich durch einen begangenen Mein-
des öffentlichen Zutrauens verluſtig gemacht haben [59]).
berhaupt aber werden zu jedem gültigen Eide drey Haupt-
enſchaften erfordert, welche in den Geſetzen [60]) figürlich
drey **Gefährten des Eides** (*Comites iuriſiurandi*)
ennt werden.

I. Der Eid muß in dem nämlichen Sinn abgelegt
den, in welchem er gefordert wird [61]). Dieſer erſte
Ge-

S. *Sam. Frid.* WILLENBERG Diſſ. de iuramento Athei. *Ge-*
ni 1708. und *Ger. Herm.* MENCKE de eod. arg. *Lipſiae 1713.*

S. MALBLANC de iureiur. §. 7. pag. 20.

Can. 5. et 8. Cauſ. XXII. Qu. 5. MALBLANC cit. loc. pag. 20.
4. und THIBAUT Syſtem des Pand. Rechts. 3. B. §. 1158.
nicht bey dem deferirten Eide eine Ausnahme Statt finde,
d unten weiter erörtert werden. Man ſ. auch **Claproths**
leitung in den ord. bürg. Proceß 2. Th. §. 319.

Can. 7. Cauſ. XXII. Qu. 1. Can. 2. C. XXII. Qu. 2. et
. 26. X. de iureiur. *Ern. Henr.* BOSE Diſſ. de tribus iurisiuran-
comitibus. *Lipſiae 1731.* *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iuris
on. §. 331. und Wieſe Handbuch des gemeinen in Deutſch-
üblichen Kirchenrechts. 2. Th. §. 164. S. 186. ff.

an. 9. Cauſ. XXII. Qu. 5. Quacumque arte verborum
que iuret, Deus tamen, qui conſcientiae teſtis eſt, ita hoc
ac-

fährte wird *Veritas* genennt [62]). Daher dürfen beym Eide keine Mental-Reservationen gebraucht werden [63]). Denn diese bestehen eben darin, wenn Jemand wissentlich mit den Worten des Eides einen andern Sinn verbindet, als der, welcher den Eid schwören läßt, und sich geheime, der Intention desselben entgegenstreitende, Einschränkungen erlaubt [64]). Solche Mental-Reservationen laufen auf einen Betrug hinaus, und eine absichtlich darunter versteckte Falschheit wird daher mit Recht als ein Meineid angesehen [65]). Um keinem solchen Vorbehalt

accipit, *ficut ille, cui iuratur, intelligit.* Sollte über die Intention desjenigen, von welchem der Eid gefordert worden, Zweifel entstehen, so ist diejenige Erklärung vorzuziehen, welche den Worten, und der Natur des Geschäfts, worüber geschworen wird, am gemäßesten ist. Daher wird zuweilen auch nach der Intention desjenigen erkannt, welcher den Eid geschworen hat. *L. 31. L. 39. D. h. t.* S. *Frid. Gottl.* ZOLLER Diss. de interpretatione iuramenti praestiti secundum intentionem eius, cui iuratur, non suscipienda. *Lipsiae 1745.* §. 12.

62) BOSE cit. Diss. Cap. II. §. 2. sagt: VERITAS h. l. est declaratio animi nostri, per verba animo congrua, facta, ei, qui istam ex iure perfecto, vel imperfecto petere potest. — Quam ob rem, quando praeprimis *veritatem ad iuramentum* requirimus, nihil aliud hoc ipso intelligitur, *quam quod signa externa convenire debeant cum animo, ne mendacium proferatur.*

63) S. *Abrah.* KAESTNERI Diss. de reservationibus mentalibus. *Lipsiae 1746.*

64) *Cap. 11. Caus. XXII. Qu. 5.* und GRATIAN. *post can. 13. Caus. XXII. Qu. 5.*

65) STRYK de cautelis iuramentor. P. III. Sect. III. Cap. 1. nr. 27. STRUV Syntag. iur. civ. Exercit. XVII. Th. 18. et MÜLLER ad Eun-

behalt Raum zu lassen, ist es nothwendig, den Inhalt des Eides mit der möglichsten Genauigkeit abzufassen.

§. 793.

II. Iudicium. Alter des Schwörenden. Certioration.

Zur Gültigkeit eines Eides wird ferner II. erfordert, daß der Schwörende diejenige Reife des Verstandes und Einsicht habe, daß er nicht nur die Wichtigkeit des Eides kennt, sondern auch weiß, warum er schwört. Man nennt diesen andern Gefährten des Eides *iudicium*[66]). Unfähig zur Eidesleistung sind daher

1) vernunftlose und betrunkene Personen[67]).

2) Diejenigen, welche noch nicht das Alter erreicht haben, von welchem sich eine zur Beurtheilung dieser Handlung hinreichende Einsicht von der Wichtigkeit des Eides erwarten läßt[68]). Das Römische Recht hat zwar hierüber nichts bestimmt. Ulpian sagt vielmehr in der *L.* 26. *D. h. t.* Qui iurasse dicitur, nihil refert, cuius sexus *aetatisve* sit: *omni enim modo custodiri debet iusiurandum adver-*

Eundem lit. β. Man vergleiche auch *de* COCCEJI ius civ. controvers. h. t. Qu. 4.

66) *Iudicium*, sagt BOSE cit. Diss. Cap. III. §. 1. est ea mentis animique discretio, ut quis probe sciat et intelligat, tum quid sit iusiurandum, tum quid sit id, de quo iuret.

67) *Can.* 16. *Caus. XXII. Qu.* 5. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 319. a. E. und MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 9. pag. 27.

68) *Car. Frid.* WALCH Diss. de iurantis legitima aetate. *Ienae 1755.* und *Opusc.* Tom. II.

versus eum, qui contentus eo, cum deferret, fuit. Paulus scheint zwar das Gegentheil zu lehren, wenn er *L.* 34. §. 2. *D. eodem.* sagt: *Pupillo non defertur iusiurandum.* Allein daß dieser römische Jurist nur soviel sagen wolle, einem Unmündigen könne kein Eid mit der Wirkung angetragen werden, daß er solchen entweder anzunehmen oder zurückzuschieben schuldig sey; darin sind alle Ausleger mit einander einverstanden [69]). Nach dem römischen Recht kann also auch ein Unmündiger einen ihm deferirten Eid abschwören, und der Eid ist gültig, insofern er zu desselben Vortheil gereicht [70]). Allein eines Meineides kann er sich nicht schuldig machen, wie ebenfalls Ulpian in der angeführten *L.* 26. *D. h. t.* sagt, wenn es daselbst heißt: *Quamvis pupillus non videatur peierare*, quia sciens fallere non videatur. Das Canonische Recht hingegen schließt Unmündige vom Eide aus, und setzt ein Alter von vierzehen Jahren als den Zeitpunct der Eidesmündigkeit fest [71]). Ja nach der Praxis wird an vielen Orten

69) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 34. §. 2. D. h. t. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 286. BARCLAIUS in Comm. ad L. 34. §. 2. D. h. t. (in OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 958.) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 10. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. VIII. not. p. und MALBLANC de iureiur. §. 42. pag. 121.

70) *L.* 42. *D. de iureiur.*

71) *Can.* 14. *et* 15. *Cauſ. XXII. Qu.* 5. *S. Car. Sebaſt.* BERARDI Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti. Part. I. Cap. 2. pag. 24. edit. *Venet.* 1777. 4. und *God. Lud.* MENCKEN Diſſ. singularia quaedam capita doctrinae de iureiurando in specie

Orten zur Ableiſtung gerichtlicher Eide ein Alter von 18 Jahren erfordert [72]). Aus dem zweyten Erforderniß folgt,

3) daß der Regel nach dem Schwörenden der Inhalt und Gegenſtand des Eides vom Richter vor der Ableiſtung erklärt werden muß. Eine ſolche Belehrung wird *Certioratio* genennt, und kommt beſonders in dem Falle vor, wenn der Rechte unkundige Perſonen ſich zuſtändiger Rechtswohlthaten begeben ſollen [73]).

§. 794.

III. Iuſtitia. Entbindung vom Eide.

Der Eid muß III. einen Gegenſtand betreffen, welcher in des Schwörenden Gewalt ſteht, und darf weder den Geſetzen noch den Rechten eines Dritten, auch nicht der Willensfreyheit des Schwörenden zuwider ſeyn [74]). Man nennt dieſen dritten Gefährten des Eides *Iuſtitia.*

e de iuramentis minorum et impuberum contin. *Vitemb.* 1729. 19. et 20.

S. *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 331. not. c. d HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4507. not. b. B. die allgem. Gerichtsordnung für die Preuß. taaten 1. Th. 10. Tit. §. 262. u. 263. Sonſt genügt das rzehenjährige Alter auch ſogar zur Ablegung eines eidlichen gniſſes, wenn keine Bedenklichkeiten obwalten. S. Meirs rechtliche Erkenntniſſe u. Gutachten in peinl. Fällen. cif. LXXVIII. nr. 32.

Vergleiche *Io. Sam.* STRYK Diſſ. de certioratione iurium reciandorum. *Halae* 1702.

ap. 18. et 28. X. h. t.

tia[75]). Der Eid, nach der Gerechtigkeit betrachtet, verbindet daher nicht,

1) wenn er unerlaubte Handlungen zum Gegenstande hat. Z. B. wenn sich der Schuldner eidlich verpflichtet, gesetzlich verbotene Zinsen dem Gläubiger zu bezahlen[76]). Dem Gläubiger kann die exceptio doli entgegengesetzt werden[77]). *Dolo enim facit, qui petit, quod restituere oportet eundem*[78]). Auf gleiche Weise ist

2) der Eid unverbindlich, wodurch man sich zu Etwas verpflichtet hat, was dem Rechte eines Dritten nachtheilig ist[79]). Z. B. wenn dadurch ein heimliches Eheversprechen gegen den Willen der Eltern bestätiget worden[80]). Eben so ist

3) ein Eid ungültig, wenn er durch Zwang, Irrthum, oder Betrug veranlaßt worden ist[81]). Das Canonische Recht stellt zwar den Grundsatz auf, daß durch jeden Eid eine besondere, dem Gelübde ähnliche, Verbindlichkeit gegen

75) S. BOSE Diss. cit. de tribus iurisiurandi comitibus. Cap. IV.

76) *Cap. 1. 6. et 20. X. h. t.* Mehrere Beyspiele findet man *Cap. 18. X. de testib. Cap. 4. X. de testib. cogend.* Vid. Iust. Henn. BOEHMERI ius eccles. Protestant. Lib. II. Tit. 24 §. 25. et 26. et LEYSERI Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXXIV. med. 1. et 2.

77) *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 336. not. b.

78) *Cap. 59. de Reg. iuris in 6to.*

79) *Cap. 25. 27. et 28. X. h. t. Cap. 2. de pactis in 6to.*

80) BOEHMER in iur. eccles. Protest. T. II. Lib. II. Tit. 24. §. 32.

81) *Cap. 28. X. h. t.* et *Cap. 2. de pact. in 6to.*

gegen Gott erzeugt werde [82]); und daher auch ſelbſt die eidliche Beſtärkung unerlaubter Zuſagen, ſo wie der durch Gewalt erpreßte Eid, einer von der geiſtlichen Obrigkeit zu ertheilenden Abſolution bedürfe, um den Schwörenden von der Verbindlichkeit des Eides zu befreyen [83]). Allein dieſe Grundſätze, welche blos auf Erweiterung der geiſtlichen Gewalt und Gerichtsbarkeit abzielten, finden in den proteſtantiſchen Gerichten keine Anwendung. Bey den Proteſtanten iſt daher ein ſolcher Eid ſchon von ſelbſt ungültig, ohne daß der Schwörende von ſeinem geiſtlichen Obern eine Befreyung ſeines Gewiſſens (*relaxatio iuramenti*) zu erbitten braucht [84]). Es verſteht ſich indeſſen, daß wenn Jemand einen abgeleiſteten Eid aus dem Grunde für ungültig ausgeben will, daß er durch Zwang oder Betrug dazu veranlaßt worden ſey, und daher an der Verfolgung ſeines Rechts nicht gehindert zu ſeyn vorgiebt, eine gerichtliche Unterſuchung und Erkenntniß erforderlich ſey. Allein dieſe Unterſuchung, ſo wie die Nichtigkeitserklärung kann von dem ordentlichen Richter geſchehen [85]).

§. 795.

82) *Cap. 2. cit. de pactis in 6to. I. H.* BOEHMERI ius eccl. prot. c. l. §. 21.

83) *Cap. 1. 2. 8. et 15. X. de iureiur.* BOEHMERI ius eccl. Proteſt. c. l. §. 51. et 52. Webers ſyſt. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 120. S. 328.

84) MALBLANE de iureiur. §. 121. et 123. HOMMEL Rhapſod. quaeſtion. for. Vol. V. Obſ. 699. THIBAUT Syſt. des P. R. 3 B. §. 1157.

85) S. von Berg juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle 1. Th. Nr. 28.

§. 795.

Allgemeine Grundsätze vom Eide.

Eide müssen so selten, als möglich, gebraucht werden. So allgemein man auch von der Richtigkeit dieses Satzes überzeugt ist, so wenig ist man doch über den wahren Grund desselben einverstanden. Bald setzt man ihn darin, daß durch unnöthigen Gebrauch dieses Mittels der Name Gottes entheiliget werde; bald darin, daß das Feyerliche des Eides, durch den zu häufigen Gebrauch, viel von dem Eindruck verlieren müsse, welchen es sonst auf die Menschen zu machen im Stande sey. Allein man hat den wahren Grund verkannt, weil man vergaß, den höchsten Gesichtspunct aufzusuchen, aus welchem allein gründlich über den Eid gesprochen werden kann. Man muß hier, wie Schmidt [86]) und nach ihm Grolman [87]) gezeigt haben, von dem Grundsatz ausgehen. Der Staat ist auf das allgemeine Mistrauen erbaut; er setzt mithin voraus, daß die Menschen keine vollendete moralische Wesen sind, und daß kein allgemeiner Glaube an durchgängige Moralität unter den Menschen Statt finde. Denn wäre dieses, so bedürfte es keines Zwangsgesetzes, und keiner Gesellschaft zur Realisirung desselben, — keines Staats. Daraus folgt, daß der Staat so wenig, als möglich, auf die Moralität der Bürger bauen soll. Dies ist der Grund, warum der Eid so selten, als möglich, und nur dann, wenn sonst der Staat

86) Joh. Ernst Christ. Schmidt über den Eid, in Grolmans Magazin 1. Bandes 2. Heft. Nr. III. S. 101. ff.

87) Nachtrag zu der Schmidtschen Abh. im Magazin a. a. O. S. 120. f. u. S. 134. ff.

Staat seine Pflichten nicht erfüllen kann, ebraucht werden darf. Es ist daher Pflicht des Richters, rauf zu sehen, daß alle unnütze und unnöthige Vervielltigung der Eide sorgfältig vermieden werde [88]). Hiers is fließen folgende Wahrheiten her.

1) Ueber irrelevante, zur Entscheidung des treitpuncts nichts beytragende Umstände, oder deren ahrheit selbst den Beweissatz unerwiesen läßt, darf kein d zugelassen werden [89]). Man nimmt jedoch den Fall , wenn die Partheyen durch Vertrag von der eidlichen härtung eines an sich irrelevanten Umstandes die Entidung ihrer Sache abhängig gemacht haben sollten [90]). ar fehlt es nicht an Rechtsgelehrten [91]), welche auch e Ausnahme verwerfen, und schlechthin behaupten, daß an sich irrelevanter Eid eben so wenig durch die Ueberunft der Partheyen, als durch die Auctorität eines skräftigen Erkenntnisses eine Gültigkeit erhalte, son-

 dern

S. MEVIUS Tom. II. P. VI. Decis. 49. nr. 5. WERNHER Obvat. for. Tom. I. P. I. Obs. 69. und PUFENDORF Observat. s universi Tom. II. Obs. 109.

ap. 26. X. de iureiur.

ERNHER Observat. forens. Tom. I. P. II. Obs. 494. Grolns Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerlichen Rechtstigkeiten §. 92. Gönners Handbuch des deutschen gemeiProcesses 2. Band Nr. XLIX. §. 14. S. 518. und THIBAUT des P. R. 3. B. §. 1159.

. *Lud.* BOEHMER in Diss. de auctoritate iudicis circa iusiuim in iudicio delatum, relatumque. *Goettingae 1772.* §. 12. *Ge. Steph.* WIESAND Diss. de probatione per iurisiurandi onem caute instituenda. *Vitembergae 1790.* §. 7.

dern an und für sich ein vergeblicher und daher zu verwerfender Eid sey. Allein man kann jene Ausnahme ohne Bedenken zulassen, man muß sie nur aus dem wahren Gesichtspuncte betrachten, um nicht irre geführt zu werden. Es ist ja keinem Zweifel unterworfen, daß eine bey Gericht anhängige Streitsache von den Partheyen durch einen Vergleich geendiget werden könne. Es kann folglich auch auf die Bedingung eines abzuleistenden Eides ein Vergleich geschlossen werden. Der Eid verliert aber freylich in dieser Eigenschaft ganz und gar die Natur eines Beweises, und geht in einen außergerichtlichen Eid über, welcher die Natur eines Vergleichs hat. Denn als ein gerichtlicher Eid müßte er verworfen werden, weil ein Beweis, der den Beweissatz nicht in sich faßt, mit sich selbst im Widerspruche ist. Man kann also nicht sagen, daß in dem gegebenen Falle der Beweis von dem Eide abhängig gemacht werde, sondern hier ist, wie die Natur eines außergerichtlichen Eides mit sich bringt, das Recht selbst vom Vertrage abhängig, von welchem der Eid einen Bestandtheil ausmacht, der aber eben deswegen von der Eigenschaft eines Beweismittels gar nichts an sich trägt. Nach dieser Ansicht läßt sich nun auch mit Grund nicht mehr behaupten, daß der Eid vergeblich sey.

2) Derjenige darf mit keinem weitern Eide belastet werden, welcher bereits auf andre Art vollständig bewiesen hat. Der Eid würde hier vernunftwidrig und ganz zwecklos seyn. Denn schon die Vernunft lehrt, das demjenigen, welcher bewiesen hat, kein Eid darüber, daß das Bewiesene wahr sey, aufgebürdet werden könne. Auch der Zweck des Eides überzeugt uns, daß der Eid hier unnütz

nütz sey. Der Zweck des Eides ist Herstellung der juristischen Gewißheit. Ist dieser Zweck durch andere Beweise erreicht, so fällt der Eid als zwecklos hinweg [92]). Alles dieses bestätiget auch noch zum Ueberfluß eine Stelle des canonischen Rechts, nämlich *cap.* 2. *X. de probat.* worin der Pabst sagt: Sane quoniam apud vos consuetum esse didicimus, ut, cum aliquis intentionem suam fundaverit instrumentis aut testibus, ei sacramentum nihilominus deferatur, nos, cum tunc demum ad huiusmodi sit suffragium recurrendum, cum aliae legitimae probationes deesse noscuntur, talem consuetudinem reprobamus. Zuweilen kann jedoch derjenige, wider welchen ein sonst nach allgemeinen Regeln vollständig geführter Beweis vorhanden ist, sich dennoch der Eidesdelation bedienen, wenn er solche Umstände in facto anführen kann, welche den Beweis zweifelhaft und verdächtig machen [93]). Folgender Fall, welcher unserer Facultät zur Entscheidung vorgelegt wurde, giebt hiervon ein treffendes Beyspiel. Eine hiesige reiche Wittwe D. verkaufte an einen gewissen Candidaten W. ein Haus. Nach dem Tode derselben klagten deren Erben auf die Bezahlung des Kaufgeldes, weil sich in den Rechnungsbüchern ihrer Erblasserin durchaus nichts fand, daß die Kaufsumme bezahlt sey, da doch andere minder erhebliche Einnahmeposten genau darin verzeichnet waren. Der Beklagte setzte der Klage die Einrede der geschehenen Bezahlung des Kaufschillings entgegen, und berief sich auf

92) S. Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Processes 2. Band Nr. L. §. 2. S. 521. ff.

93) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXXVI. Medit. 7. et 8. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4517.

den gerichtlichen Kaufbrief, worin es hieß, daß die Kaufsumme bezahlt sey. Dennoch wollten sich die Kläger dabey nicht beruhigen, sondern deferirten dem Beklagten den Eid. Die Juristen Facultät in Tübingen erkannte in Gemäßheit des *cap.* 2. *X. de probat.* daß die Eidesdelation nicht Statt habe. Durch Einwendung eines Rechtsmittels kamen die Acten an unsere Facultät. Hier führten die Kläger noch neue, sehr wichtige Gründe an, die den Beweis des beklagten Käufers sehr zweifelhaft machten. Es wurde die Gerichtsperson abgehört, welche den Kauf aufgenommen, und den Kaufbrief ausgefertiget hatte. Diese bezeugte, daß wenigstens die Kaufsumme nicht gerichtlich bezahlt worden sey, sondern der Kaufbrief sey aus der Punctation ausgefertiget worden, und darin habe gestanden, daß die Kaufsumme bezahlt sey. Diese Punctation sey vom Käufer producirt worden, und weil sie von beyden Theilen unterschrieben gewesen, so habe man bey Gericht den Inhalt derselben für wahr angenommen. Es wurde hierauf auch der Rechtsbeystand der Verkäuferin, der Prozeßrath B. abgehört, welcher die Punctation aufgesetzt hatte. Auch dieser versicherte eidlich, er habe keine Bezahlung gesehen, sondern habe der Versicherung des Käufers getrauet. Dazu kam nun noch der wichtige Umstand, daß der Käufer eben derjenige war, welcher bey der Verkäuferin, die ihres Alters wegen etwas schwachmüthig wurde, das Rechnungswesen führte. Unter diesen Umständen fanden wir kein Bedenken die geschehene Eidesdelation für zulässig zu erkennen.

3) Eine Eideszuschiebung darf nicht mit andern Beweismitteln über einen und denselben Umstand

zu-

zugleich und unbedingt verbunden werden. Es leidet zwar keinen Zweifel, daß derjenige, dem ein Beweis obliegt, über verſchiedene Umſtände, wenn ſie auch vereint auf einen Zweck wirken, ſich verſchiedener Beweismittel bedienen, und über einige Puncte ſeinem Gegner den Eid deferiren könne, während über andere Puncte der Beweis durch Urkunden oder Zeugen geführt wird [94]). Allein gegen die Vernunft würde es ſtreiten, wenn der Beweisführer bey dem Verſuch eines noch nicht mislungenen Beweiſes, den er durch Zeugen oder Urkunden angetreten hat, zugleich ſeinem Gegner über denſelben Beweisſatz unbedingt den Eid antragen wollte. Denn der Eid erzeugt einen vollkommenen Beweis. Würde derſelbe während der Vollführung eines andern Beweismittels geleiſtet, ſo würde dieſe als zwecklos erſcheinen, oder es würde von einem Eide nicht mehr die Rede ſeyn können, wenn ſein Zweck durch andere Beweismittel ſchon erreicht wäre, ehe es zur Eidesleiſtung kam. Eine unbedingte und copulative Verbindung der Eidesdelation mit andern Beweismitteln über den nämlichen Streitpunct iſt demnach immer und ohne Einſchränkung unerlaubt [95]). Hat ſich der Beweisführer dieſer widerſprechenden Verbindung dennoch bedient, ſo muß der Richter die Eidesdelation verwerfen [96]). Eine andere Frage aber iſt, ob nicht wenigſtens

94) S. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. Sect. I. Membr. III. Cap. I. §. 6. Püttmanns Referir- und Decretirkunſt §. 112. Not. a. S. 82.

95) S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozeſſes 2. Band Nr. L. §. 4. S. 523.

96) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CLXXIII. medit. 6. HOMMEL Rhapſod. Quaeſtion. for. Vol. I. Obſ. 45. Chriſt. Wilh. Wehrn

eine eventuelle oder subsidiarische Cumulation auf den Fall Statt finde, daß die neben der Eideszuschiebung vorgelegten Beweismittel nicht nach Wunsch ausfallen sollten? Mehrere Rechtsgelehrten [97]) gehen soweit, auch diese Verbindungsart zu verwerfen. Allein, da hier keiner der angeführten Gründe im Wege steht, so läßt sich die Zulässigkeit einer solchen eventuellen Cumulation nicht füglich bezweifeln [98]). Es steht ja nach dem gemeinen Rechte und dem Gerichtsgebrauche dem Beweisführer immer noch frey, sich der Eideszuschiebung zu bedienen, wenn der versuchte Beweis mißlungen ist [99]). Warum sollte also dieselbe nicht auf diesen Fall schon vorläufig

Wehrn Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen §. 58. *Christ. Gottl.* BIENER Syst. processus iudiciarii Tom. I. § 98 not. 7. und *Io. Ad. Th.* KIND Quaestion. for. Tom. I. cap. 57.

97) RENNER ad *Schaumburgii* Princip. c. l. pag. 35. Nettelbladt practische Rechtsgelahrtheit §. 750. KROHN (oder ELSASSER) Selecta capita de probatione et reprobatione. Obs. 6. *Ge. Steph.* WIESAND Diss. de probatione per iurisiurandi delationem caute instituenda. §. 8. und Danz Grundsätze des ordentlichen bürgerl. Prozesses §. 238.

98) Man vergleiche PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 151. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. 13. Püttmann a. a. O. KIND Quaestion. for. Tom. I. cap. 57. *Henr. Gottf.* BAUER Responsor. ex iure vario Vol. I. Resp. 23. und vorzüglich Gönner a. a. O. §. 5. u. ff.

99) *L. 12. C. de reb. cred. Nov. LXXIII.* cap. 4. MEVIUS P. IV. Decis. 5. *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 812. Danz Grundsf. des ordentl. bürg. Prozesses §. 371. und von Bülow und Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 1. Band Erört. LVII.

äufig mit andern Beweismitteln cumulirt werden können? leberdem erlaubt das Canoniſche Recht [100]) den Eid: um aliae legitimae probationes deeſſe noſcuntur. Dieſer Fall iſt ja nun hier vorhanden. Hierzu kommt ndlich, daß derjenige, welchem ein Eid zugeſchoben wurde, nd, ſtatt deſſelben, die Gewiſſensvertretung wählte, ch nach mißlungenem Verſuche der unternommenen Beeisführung zur Annehmung oder Zurückſchiebung des ides den Rücktritt nehmen könne. Thut nun der Beeisführer nicht das Nämliche, wenn ſein Beweisantritt ben andern Beweismitteln eine eventuelle Eidesdelation thält, was ſeinem Gegner nach der Eideszuſchiebung rch Gewiſſensvertretung unſtreitig zuſteht? und kann ihm hl nach dem Princip der Rechtsgleichheit unter den Parhen dieſe Befugniß abgeſtritten werden? Sollten indeſ die verſuchten Beweiſe zu einem beſtimmten Reſultate nigſtens in dem Grade führen, daß nach den Regeln s Prozeſſes auf einen nothwendigen, Ergänzungsr Reinigungseid, erkannt werden muß, ſo kann eventuelle Verbindung der Eidesdelation, welche der weisführer unternahm, gar keine weitere Rückſicht vernen. Der Gegentheil des Beweisführers hat auch ein wohlerworbenes Recht, zuvörderſt aus dem vollrten Beweiſe beurtheilt zu werden, ehe man ihn zu r Einlaſſung auf die Eidesdelation für verbunden achkann [1]).

4) Niemand kann ſich zum Beweis ſeiner Behauptung zur Entkräftung deſſen, was ein Anderer wider ihn he-

[100]) *Cap. 2. X. de probat.*

[1]) Gönners Handbuch a. a. O. §. 6. 2. Band S. 524. ff.

behauptet hat, zur Ableistung eines Haupteides erbieten [2]), zumal wenn schon der Beweis gegen ihn geführt ist. Denn es kann von dem Eide nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn es möglich ist, daß, unter der Voraussetzung, in dem Zutrauen auf die Moralität des Schwörenden nicht getäuscht zu werden, durch den Eid die Wahrheit ausgemittelt werden kann [3]). Fände nun aber ein solches Erbiethen zur Ableistung eines Haupteides Statt, so würde es ja in der Macht des Schwörenden stehen, sich nach Gefallen andere zum Schuldner zu machen, und eigene Verbindlichkeiten zu vertilgen. Dies ist es, worauf auch Ulpian [4]) uns aufmerksam macht, wenn er zur Erläuterung der Worte des Prätors: *Si is, cum quo agetur, conditione delata, iuraverit*, hinzufügt: Nec frustra adiicitur, *conditione delata*: nam si reus iuravit, nemine ei iusiurandum deferente, Praetor id iusiurandum non tuebitur; sibi enim iuravit; alioquin facillimus quisque ad iusiurandum decurrens, nemine sibi deferente iusiurandum, oneribus actionum se liberabit. Man pflegt jedoch den Fall auszunehmen, wenn die Forderung des Klägers an sich außer allem Widerspruch, und nur die Größe derselben nicht genau zu erweisen ist [5]). Hier könne der Kläger zur eidlichen Bestimmung

ders

2) S. BIENERI Syst. processus iudiciar. Tom. I. §. 98. und Martins Lehrbuch des bürgerl. Processes §. 214. Not. o. S. 296. der zweyten Aufl.

3) Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 92.

4) *L. 3. pr. D. de iureiur.*

5) CARPZOV P. I. Constit. 28. Definit. 34. und *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. 50. lit. F. pag. 75.

erselben zugelassen werden. Man nennt diesen Eid das *iramentum quantitatis* [6]). Man erwartet ferner bey dem Bürderungseide das Erbieten des Siegers zu diesem Eide, e darauf zu erkennen ist, weil derselbe nur eine Rechts- günstigung, nicht aber Pflicht für die siegende Parthey [7]). Hierüber wird sich jedoch erst zu seiner Zeit urtheil n lassen, wenn in der Folge von diesen Eidesarten ge- ndelt werden wird.

5) Der Deferent kann den seinem Gegner angetrage- n, wenn gleich schon angenommenen Eid, so lange der- be noch nicht abgeschworen worden, nach Willkühr zu- cknehmen, und an dessen Stelle neu aufgefundenen, oder ch noch nicht rechtlich ausgeschlossenen andern Beweis- en [8]). Nach den Gesetzen des ältern Römischen Rechts tte zwar eine solche Revocation des einmal von dem gner acceptirten Eides nicht Statt, weil man die Ei- delation blos als eine Art von Vergleich oder Vertrag ahe [9]). Die Acceptation erwarb ihm also ein Recht auf Eides-

von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Theil Bem. 30. nd Theod. Hagemanns practische Erörterungen aus al- n Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 5. Band Erört. IV. §. 2. §. 38. ff.

S. Martins Lehrbuch des teutsch. gemeinen bürgerlichen rozesses §. 221. Not. r. S. 305. der zweyt. Aufl.

S. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 54. EMMINGHAUS ad occeji ius civ. controv. h. t. Qu. 26. not. y. Gönner im andbuch des gemeinen Prozesses 2. Band Nr. XXXIX. §. 4. §. 309. Grolmans Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 92. §. 172. BIENER Syst. proceff. iudic. Tom. I. §. 104. und IIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1164.

l. 16. L. 39, Cod. de transact.

Eidesableiſtung. Allein, um Meineiden vorzubeugen, erlaubt Juſtinian die Zurücknahme des Eides bis zur wirklichen Ableiſtung deſſelben. *L.* 11. *C. de rebus credit. et iureiur.* ſagt:

Si quis iusiurandum intulerit, et, *necdum eo praeſtito*, poſtea (utpote ſibi allegationibus abundantibus) hoc revocaverit: ſancimus, *nemini licere penitus iterum ad ſacramentum recurrere*, (ſatis enim abſurdum eſt, redire ad hoc, cui renunciandum putavit, et cum deſperavit aliam probationem, tunc denuo ad religionem convolare) et iudices nullo modo eos audire ad tales iniquitates venientes. *Si quis autem ſacramentum intulerit, et hoc revocare maluerit, licere quidem ei hoc facere, et alias probationes, ſi voluerit, praeſtare: ita tamen, ut huiusmodi licentia usque ad litis tantummodo terminum ei praeſtetur.* Poſt definitivam autem ſententiam, quae provocatione ſuſpenſa non ſit, vel quae, poſtquam fuit appellatum, corroborata fuerit: nullo modo revocare iuramentum, et iterum ad probationem venire cuiquam concedimus: ne, repetita lite, finis negotii alterius cauſae fiat exordium.

Man ſucht zwar dieſe Verordnung auf mancherley Art einzuſchränken, allein ohne Grund, wie unten (§. 802.) gezeigt werden wird. Hier iſt nur noch zu bemerken, daß vermöge dieſer Verordnung ein zurückgenommener Eid auf keine Weiſe, und alſo auch in keiner veränderten Form, wieder deferirt werden könne, wenn etwa der unternommene Beweis mißlingen ſollte[10]). Endlich

6) wenn

10) Danz Grundſätze des ordentlichen Prozeſſes §. 377.

6) wenn einer Gemeinheit oder Corporation der Eid geschoben, oder vom Richter auferlegt worden, so wird, m eine zweckloſe Vervielfältigung der Eide, und zugleich nen unnöthigen Koſtenaufwand zu vermeiden, der Eid cht von allen Mitgliedern abgeſchworen, ſondern nur von nigen, welche von dem ſtreitigen Object die beſte Wiſſen- aft haben [11]). Es entſteht aber die Frage, wer das echt habe, diejenigen Mitglieder zu wählen, welche den id im Namen der Gemeinheit ſchwören ſollen? Die echtsgelehrten ſind deshalb verſchiedener Meinung. Ei- ge [12]) überlaſſen dieſe Wahl dem Gegner der Gemeinheit, il demſelben daran gelegen ſey, daß der Eid von ſolchen rſonen geſchworen werde, welche nach ſeiner Einſicht, n der Sache die beſte Wiſſenſchaft haben; die Gemein- t ſelbſt aber, wenn ihr die Wahl überlaſſen würde, gar ht ſolche Subjecte wählen könnte, welche leichtſinnig, n der Sache nicht genugſam kundig wären. Andere [13]) erſcheiden zwiſchen nothwendigen und deferirten Eiden. Nur

Cap. 26. X. de iureiur. L. 97. D. de condit. et demonſtrat. . 14. D. ad municipalem. PUFENDORF Obſervation. iur. niv. Tom. II. Obſ. 124. Joh. Lud. Schmidts hinterlaſ- ne Abhandlungen verſchiedener pract. Rechtsmaterien 2. Band r. XXXX. §. 3. ff. Fried. von Bülow und Theod. agemanns practiſche Erörterungen aus allen Theilen der echtsgelehrſamkeit 3. Band 21. Erört.

LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLIII. me- . 4. *de* BERGER Supplem. ad Electa Disceptat. for. P. I. g. 221. und SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 10.

HOMMEL Rhapſod. quaeſtion. for. Vol. I. Obſ. 30. und eins merkwürdige Rechtsſprüche der Halliſchen Juriſten- cultät. 2. Band Nr. IV. S. 55.

Nur in dem letztern Falle soll dem Deferenten, in dem ersten aber der Gemeinheit selbst das Recht der Auswahl zustehen. Noch andere [14]) behaupten, daß wenn sich die Partheyen hierüber nicht vereinigen könnten, die Auswahl dem Richter zu überlassen sey. Die richtigste Meinung ist aber wohl die, daß, wenn nicht die besondere Proceß-Ordnung des Landes dem Gegner der Gemeinheit das Recht, die Schwörenden zu ernennen, ausdrücklich verstattet [15]), die Gemeinheit selbst berechtiget sey, diejenigen aus ihrer Mitte zu wählen, welche den Eid in ihrem Namen schwören sollen [16]). Denn eines Theils kann man der Gemeinde zutrauen, daß sie ihre Mitglieder besser kenne, als ihr Gegner, um zu beurtheilen, welche die beste Wissenschaft von der Sache haben, andern Theils aber muß der Gemeinheit auch schon darum die Auswahl der Schwörenden überlassen werden, weil sie das auf ihr Gewissen nehmen soll, was einige aus ihrer Mitte in

14) *Io. Flor.* RIVINUS in Diss. de iuramento universitatis. *Lipsiae 1731.* §. 9.

15) Wie z. B. die Churſächs. Prozeßordnung Tit. 18. §. 5. und die allgemeine Preuß. Gerichtsordnung I. Th. 10. Tit. §. 270.

16) MEVIUS Part. III. Decis. 54. CARPZOVIUS P. I. Const. 13. Def. 3. *de* CRAMER Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 1021. Struben rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 108. *Io. Steph.* WIESAND Diss. de facultate denominandi iuraturos. *Vitemb.* 1782. §. 6. Schmidt hinterlassene Abhandlungen 2. Band Nr. XL. §. 6. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 42. pag. 127. Danz Grundsätze des ordentlichen Prozesses §. 369. not. e. und MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. II. Obs. 326.

n ihrem Namen beschwören werden. Sollte die Ge-
neinheit ja wider Verhoffen leichtsinnige oder der Sache
icht genugsam kundige Personen gewählt haben, so ist
em Gegner unbenommen, seine Einreden gegen die
Bewählten vorzubringen, und die Ernennung anderer zu
erlangen, auch allenfalls einige in Vorschlag zu bringen,
le etwa bessere Wissenschaft von der Sache haben [17]).
lur dann, wenn beyde Theile sich darüber nicht vereinigen
nnen, ist die Sache der richterlichen Entscheidung zu
verlassen [18]). Weigern sich die gewählten Mitglieder den
id zu schwören, so kann deswegen noch nicht die ganze
emeinheit pro iurare nolente gehalten werden; sondern
müssen sich sodann sämmtliche Mitglieder derselben
er die Ableistung des Eides erklären. Erbietet sich so-
nn die größere Zahl derselben zur Ablegung des Eides,
d schwört ihn auch wirklich, so ist es sogut, als wäre
Eid von der ganzen Gemeinheit geleistet worden [19]).
brigens muß die Bestimmung der Schwörenden durch
en Gemeindebeschluß geschehen, und die gewählten
itglieder müssen sodann mit einer Specialvollmacht
sehen werden, bey deren Vollziehung im allgemeinen
n so, wie bey der Errichtung eines Syndicats, zu ver-
ren ist [20]). Es müssen jedoch folgende Puncte aus-
drück-

CARPZOV c. l. Definit. 3. nr. 3. et 4.

L. 34. §. 8. D. de iureiur. WIESAND Diss. cit. §. 10. und
ENER Syst. processus iudic. Tom. I. §. 101. pag. 208.

von Tevenar Theorie der Beweise im Civilprozeß. 2. Ab-
nitt 3. Kap. S. 122. (der neuesten Aust. Magdeburg
305.) THIBAUT Syst. des Pand. R. 3. B. §. 1156.

S. den 5. Th. dieses Commentars §. 408.

drücklich darin bemerkt und beglaubiget seyn: 1) daß die übrigen nichtschwörenden Gemeindeglieder von dem Inhalt der Eidesformel zuvor genugsam unterrichtet worden, und daß sie den abzuleistenden Eid wohl verstanden haben. 2) Daß sie glauben und dafür halten, daß dasjenige, was ihre Bevollmächtigten solchergestalt in ihre Seele schwören werden, von eben der verbindlichen Kraft sey, und dafür angenommen, und gehalten werden solle, als wenn sie selbst diesen Eid wirklich abgeleistet hätten [21]). Wenn einige [22]) der Meinung sind, daß die Gemeinheit ihren Syndicus für sich schwören lassen könne; so läßt sich diese Meinung nicht schlechthin vertheidigen, wofern es nicht etwa die Proceßordnung des Landes gestattet. Man unterscheide vielmehr, ob der Syndicus zugleich ein Mitglied der Gemeinheit ist, oder nicht. In dem ersten Falle kann er zwar zur Ableistung des Eides unter den übrigen mit ernannt werden, aber keinesweges wider den Willen des Gegners in dem letzten Falle schwören [23]). Denn hier ist er nur als ein bloßer Procurator der Gemeinheit zu betrachten [24]). Nun ist aber der Eid eines Bevollmächtigten, Namens des Principals, wider den Willen des Gegners nicht zulässig [25]).

§. 796.

21) v. Bülow u. Hagemanns pract. Erörterungen 3. Band Nr. XXI. S. 144.

22) BERLICH Conclus. pract. P. I. Conclus. 31. nr. 23. HAHN ad *Wesenbec.* ad Tit. Dig. Quod cuiusq. univ. nom. nr. IIX. u. a. m.

23) WERNHER Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 226. und Schmidts hinterlassene Abhandlungen 2. B. Nr. XL. §. 8.

24) *L. 6. §. 3. D. Quod cuiusq. univ. nom.*

25) *L. 12. §. 4. et 5. Cod. de reb. credit.* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLIII. medit. 1—3.

§. 796.

Eintheilungen der verschiedenen Eidesarten.

Der Eid wurde oben 1) in Ansehung der Form, welcher er abgelegt wird, in den feyerlichen und ichtfeyerlichen eingetheilt. Es giebt nun noch verschiedene andere wichtige Eintheilungen des Eides, welche r zu erklären sind. Der Eid wird 2) auch in Rücksicht nes Gegenstandes in den Versprechungs- oder erpflichtungseid, *iuramentum promissorium*, d den Bestätigungs- oder Versicherungseid, *iumentum assertorium*, eingetheilt, je nachdem er weder die Bestärkung einer Verbindlichkeit oder Zusage n Gegenstand hat, oder die Wahrheit einer Aussage r Behauptung dadurch bekräftiget werden soll. Von n Versprechungseide und dessen Wirkungen ist on an einem andern Orte [26]) gehandelt worden. Hier also noch von dem Bestätigungseide zu handeln. entstehen hier folgende Fragen, woraus sich die verschiedenen Arten dieses Eides erklären lassen.

1) Was wird durch diesen Eid als wahr bekräftiget?

2) In wiefern wird es als wahr bekräftiget?

3) Auf wessen Veranlassung?

4) Was hat dieser Eid für einen Einfluß auf den ocess, und insonderheit für eine Beziehung auf die vormende Streitsache?

5) Wie verschieden ist die Wirkung desselben?

In

[26]) S. den 4. Theil dieses Commentars §. 341.

In Absicht auf die erste Frage sind zwey Fälle denkbar. Es wird durch den Eid entweder der Werth des streitigen Gegenstandes, oder die Wahrheit anderer factischer Behauptungen bestärkt. In jenem Falle wird der Eid der Würderungs- oder Schätzungseid (*iuramentum in litem* s. *aestimatorium*) genennt, wovon der folgende Titel handelt, in dem letztern aber der Versicherungseid im eigentlichen oder engern Sinn; und dann soll entweder durch diesen Eid die Wahrheit einer Aussage bestärkt werden, die den Schwörenden selbst nicht angehet, — Zeugeneid; — oder die Wahrheit einer Behauptung, wobey der Schwörende selbst interessirt ist. — Partheyeneid.

In Ansehung der zweyten Frage ist zu unterscheiden. Der Eid wird abgeleistet entweder

a) über objective Wahrheit und Wirklichkeit einer Sache, — Eid der Wahrheit, *iuramentum assertorium veritatis*; und zwar entweder

aa) über das positive Wissen des Schwörenden. — *iuramentum scientiae*, oder

bb) bey einem negativen Beweissatz über sein Nichtwissen, — *iuramentum ignorantiae* [27]).

b) Ueber das, was der Schwörende glaubt, oder nicht glaubt, für wahrscheinlich hält, oder nicht, — *iura-*

27) S. *Casp. Matth.* MÜLLERI Diss. de iuramento ignorantiae. *Rostochii* 1717. und *Sam. Frid.* WILLENBERG Diss. eiusd. arg. *Gedani* 1724. in EIUS *Selectis iurisprud. civilis.* P. II. Exercitat. 64.

ramentum credulitatis. Glaubenseid. Eid der Glaubwürdigkeit[28]).

In Ansehung der dritten Frage kann die Veranlassung zum Schwören zweyfach seyn.

1) Die eine Parthey verlangt von der andern die Ablegung des Eides. — Ein angetragener, zugeschobener, oder freywilliger Eid; *iuramentum delatum*, s. *voluntarium*; und zwar entweder

a) zum Zweck einer vergleichsmäßigen Beylegung des Rechtsstreites. — Der außergerichtliche Eid. Oder

b) zum Zweck eines dem Richter zu führenden Beweises. — Der gerichtliche, oder Schiedseid, *iuramentum iudiciale* s. *litis deciſorium*[29]).

2) Der Eid wird vom Richter aufgelegt. — Ein aufgelegter, oder nothwendiger Eid, *iuramentum neceſſarium.*

a) Entweder wegen beſorglicher Schicane. — Eid für Gefährde, *iuramentum calumniae*, wodurch der Schwörende verſichert, daß er nicht aus Schicane gegen die andere Parthey handle. (§. 808. ſqq.)

b) Oder wegen eines nicht vollſtändig geführten Beweiſes, und zwar entweder

28) *Io. Gott.* REICHEL Diſſ. de iuramenti credulitatis natura et indole. *Lipſiae 1725.* und KOHLSCHÜTTER Diſſ. de iureiurando credulitatis. *Vitebergae 1788.*

29) S. Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 91. S. 167.

aa) dem Beweisführer, um seinen unvollständigen Beweis zu ergänzen. — Ergänzungseid, *iuramentum suppletorium.* Oder

bb) dem Producten, um eine durch den geführten Beweis seines Gegners wider ihn begründete, zwar nur entfernte, aber doch nicht ganz schwache Vermuthung zu entkräften. — Reinigungseid, *iuramentum purgatorium.* (§. 811.) Oder

cc) zur Entscheidung des Rechtsstreits in einem solchen Falle, wo für beyde Theile blos Vermuthungen und starke Anzeigen streiten, die aber doch weder für den einen noch andern Theil einen halben Beweis ausmachen, und zwar nach dem Ermessen des Richters, derjenigen Parthey, welche die meiste Glaubwürdigkeit verdient. — Schiedseid im strengsten Sinn, *iuramentum litis deciſorium in ſenſu ſpecialiſſimo* [30]).

In

30) Gewöhnlich wird dieser besondern Eidesart nicht mit unter den nothwendigen Eiden gedacht. Daß sie aber eine von dem Erfüllungs- und Reinigungseide verschiedene Eidesart ausmache, hat KOCH in Diſſ. de eo, quod iuſtum eſt circa delationem iuramenti litis deciſorii. *Gieſſae* 1773. §. 4. und besonders Cap. 5. gezeigt. Ein Beyspiel davon enthält die Frankfurter Reformation P. I. Tit. 39. §. 8. wo es heißt: „So aber jeder Theil seines Fürbringens ansehnliche und starke Anzeigungen für sich hat, dieselben aber doch nicht vollkommlich bewiesen hätten: also daß beyderseits alles auf Vermuthungen stünde: So soll nach fleißiger Erwägung der Sachen, und Personen Gelegenheit, dem Kläger, oder aber dem Beklagten, welcher Theil die stärksten Vermuthungen für sich hat, und der Sachen vermuthlich am besten Wissenschaft hat, bey welchem auch sich der Wahrheit mehr zu versehen, (welches alles zur Er-

In Ansehung seines Einflusses auf den Proceß, und insonderheit in Ansehung seiner Beziehung auf die vorkommende Streitsache, worauf die oben aufgeworfene vierte Frage geht, ist der Eid entweder ein Haupteid, oder ein Nebeneid, je nachdem er entweder für die Hauptsache entscheidend ist, oder nicht. Es lassen sich also hier zwey Fälle gedenken.

1) der Eid verhält sich zur vorliegenden Streitsache so, daß nach der Ableistung oder Nichtableistung desselben die Hauptsache entschieden ist. — Haupteid, Entscheidungseid, *iuramentum principale*, seu *litis deciſorium*. Zu diesen Haupteiden gehört der Schätzungseid, der angetragene, und nothwendige Entscheidungseid [31]).

2) Der Eid dient nicht zur Entscheidung der Hauptsache, — Nebeneid, *iuramentum minus principale*. Dann gehört er entweder

a) nur zu den Feyerlichkeiten des Processes, wie z. B. der Eid für Gefährde, ferner der Appellations- und Reviſionseid; oder er betrifft

b) andere Nebenpuncte des Rechtsstreites, wie z. B. der Editionseid, und Diffeſſionseid.

Sieht man endlich auf die Wirkung des assertorischen Eides, so schränkt sich dieselbe entweder

Erkenntniß und Ermessung der Schöffen stehen soll) obermeldt iuramentum ſuppletorum, oder aber *deciſorium* auferlegt werden."

31) THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1153. und Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Proceß 1. Th. §. 304.

a) bloß auf die Person des Schwörenden ein. — Ein persönlicher Eid, *iuramentum in personam*. Oder

b) sie erstreckt sich, außer dem Schwörenden, auch auf andere, welche bey der Sache interessirt sind, und denen die geschehene Eidesleistung zum Vortheil oder Nachtheil gereicht. Ein dinglicher Eid, *iuramentum in rem* [32]).

Diese Eintheilung bestätigen folgende Gesetzstellen.

L. 1. §. 3. *D. Quarum rerum actio non datur.* Si fideiussor iuravit, si quidem *de sua persona* tantum iuravit, *quasi se non esse obligatum*, nihil reo proderit: si vero *in rem iuravit*, dabitur exceptio reo quoque.

L. 28. *pr. D. de iureiur.* In duobus reis stipulandi, ab altero delatum iusiurandum etiam alteri nocebit.

§. 1. Quod reus iuravit, etiam fideiussori proficit. A fideiussore exactum iusiurandum prodesse etiam reo, *Cassius* et *Iulianus* aiunt: nam quia in locum solutionis succedit, hic quoque eodem loco habendum est, si modo ideo interpositum est iuramentum, ut de ipso contractu, et de re, non de persona iurantis ageretur.

§. 3. Ex duobus reis promittendi eiusdem pecuniae alter iuravit: alteri quoque prodesse debebit.

Im Zweifel ist jedoch der Eid für persönlich zu halten, nach der Regel: *Iusiurandum alteri neque nocet, neque prodest* [33]).

§. 797.

32) S. *Sim. Pet.* GASSER Diss. de iuramento in rem. *Halae* 1740.

33) *L.* 3. §. 3. *in fin. D. h. t.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 20.

§. 797.

Wenn findet der Glaubenseid Statt?

Ein Eid sollte eigentlich nur über Thatsachen geschworen werden, wovon der Schwörende aus eigner Wissenschaft unterrichtet ist, — über Wahrheit und Wirklichkeit. Demungeachtet geschieht es in der Praxis täglich, daß Eide ihrem Inhalt nach auf ein bloßes Glauben des Schwörenden gerichtet werden. Man sucht auch diese Eidesart aus den Gesetzen zu rechtfertigen [34]). Allein ein solcher Eid, kann eigentlich an sich zur Erkenntniß der Wahrheit eines streitigen Satzes eben so wenig Gewicht haben, als wenn ein Zeuge aussagt, daß er den Artikel oder die Frage als wahr glaube, ob er gleich davon keine Erfahrung hat. Aus diesem Grunde verwerfen daher viele heutige Rechtsgelehrten [35]) den sogenannten Glaubenseid (*iuramentum credulitatis*). Die Praxis läßt ihn jedoch bey fremden Handlungen zu, und gestattet ihn besonders den Erben, weil man es für Unrecht hält, ihnen die Wohlthat des Eidschwurs

34) *L. 2. §. 2. Cod. de iureiur. propt. calumn. Cap. 5. X. de purgat. canon. Rec. Imp. noviss.* §. 43. et. 49.

35) Man sehe von Tevenar Theorie der Beweise im Civilproceß 2. Abschn. 3. Kap. S. 113. (der neuesten Aufl. Magdeburg 1805.) MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 44. Justus von Schmidt genannt Phiseldeck über den Eid. S. 29. Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 94. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit 2. Th. 5. Abschn. §. 9. S. 118. lit. e. und KOHLSCHÜTTER Diss. de iureiurando credulitatis secundum praecepta philosophor. de probabilitate. *Vitemb.* 1788.

über die Handlungen ihres Erblassers zu entziehen [36]). Allein dieses Verhältniß kann an sich ihren Behauptungen kein größeres Gewicht geben; noch dieselben berechtigen, ihrem Gegner einen Beweis aufzudringen, welcher mit den Erkenntnißgründen der Wahrheit nicht übereinstimmt. Bey fremden Handlungen, wovon man nichts mit Gewißheit behaupten kann, sollte man blos über sein Nichtwissen schwören.*) Der Eid des Glaubens kann daher nur insofern zugelassen werden, als entweder der Glaube des Schwörenden gerade die Thatsache ist, auf deren unmittelbaren Beweis es ankommt [37]), oder aber die beweisführende Parthey von dem Glauben ihres Gegners durch den ihm darüber angetragenen Eid ihren ganzen Beweis abhängig gemacht hat; eine solche Eidesdelation muß sich dann das Gericht, als Transaction, allerdings gefallen lassen [38]). So läßt sich der Eid des Glaubens, als angetragener Eid, ganz wohl rechtfertigen; besonders wenn Präsumtionen durch ihn begründet werden sollen [39]). Ob auch der Erfüllungs- oder Reinigungseid de credulitate geschworen werden könne? ist eine selbst unter den Practikern streitige Rechtsfrage. Carpzov [40]) und Leyser [41]) bejahen sie, und ihnen stimmt auch Coccejus [42]) bey. Allein Stryk [43]) und mit ihm die meisten Practiker behaupten

36) CARPZOV P. I. Const. 24. Definit. 1. sqq. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 150. nr. 541. sqq. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 152. HOPACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 4509. Westphals Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 4. S. 74.

*) Allgemeine Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. Tit. 10. §. 312.

37) S. Schneiders Lehre vom rechtlichen Beweise §. 60.

38) von Globig a. a. O. S. 119.

39) THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1154.

40) P. I. Const. 38. Def. 8.

41) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLI. medit. 5. et 6.

42) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 44.

43) Us. mod. Pand. h. t. §. 37.

nupten das Gegentheil. Eigentlich sollte der Richter nie nen Eid des Glaubens auflegen, da der Erfüllungs- und leinigungseid insgemein schon an sich wenig Gewicht ha- en[44]). Sollten es ja die Umstände erfordern, so ist im- ier eine solche Glaubwürdigkeit vorauszusetzen, welche uf wahrscheinlichen Gründen beruhet, und kann auf allen fall nur dann erkannt werden, wenn keine von beyden Partheyen den Eid der Wahrheit zu schwören im Stande ist[45]). Denn derjenige, der sein positives Wissen beschwö- en kann, geht demjenigen vor, welcher nur seinen Glau- en oder sein Nichtwissen zu beschwören im Stande ist[46]). Uebrigens ist die Wirkung des Glaubenseides von der des Eides der Wahrheit nicht unterschieden[47]).

§. 798.

Vom deferirten oder angetragenen Eide. Natur und Grund desselben. Unterschied zwischen gerichtlichem und außergerichtlichem Eide.

Soviel nun I. den angetragenen oder freywilligen Eid (iuramentum *delatum* s. *voluntarium*) anbetrifft, so ist dieser unter den Haupteiden unstreitig der wichtigste und entscheidendste. Der Gebrauch desselben bey bestrittenen Privatforderungen ist auch unstreitig älter, als er von irgend einem andern Eide[48]). Ursprünglich ist dieser

4) S. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit I. Th. S. 119. und MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. I. Obs. 319.

5) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4509. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* Tom. II. h. t. Qu. 44. not. l. pag. 171.

6) Danz Grundsätze des ordentlichen Processes §. 365.

7) HOFACKER l. c. lit. E.

8) Eine merkwürdige Stelle über das Alterthum dieses Eides kommt bey DIONYSIUS HALICARNASS. Lib. II. *Antiquitat. Rom.* pag 134. der Sylburg. Ausgabe vor, wo es vom König Numa heißt: *Primus omnium Fidei publicae templum sacravit, assignatis ex aerario sacrificiis, quemadmodum diis ceteris. Publicus enim civitatis mos in fide hominibus constanter servanda, privatorum etiam hominum mores ad idem studium progressu temporis erat conformaturus. Adeo certe venerabilis et inviolabilis*

ea

ser Eid ein Vergleichs- und Entscheidungsmittel, welches aber auch zugleich die Stelle des Beweises vertritt, indem in dem Eidesantrage die Erklärung liegt, daß das für wahr angenommen werden solle, was der Gegner beschwören wird [49]). Cajus, Ulpian und Paulus lehren dieses einstimmig, wenn sie sagen:

L. 1. *D. h. t.* Maximum remedium expediendarum litium in usum venit *iusiurandi religio*: qua vel *ex pactione ipsorum litigatorum*, vel ex auctoritate iudicis, deciduntur controversiae.

L. 2 *D. eodem.* Iusiurandum *speciem transactionis* continet [50]), maioremque habet auctoritatem, quam res iudicata.

L 5. § 2. *D. eodem.* Dato iureiurando, non aliud quaeritur, quam an iuratum sit: remissa quaestione, an debeatur; *quasi satis probatum sit iureiurando.*

L. 11 §. 3. *D. eodem.* Perindeque haberi, quod iuratum est, *atque si probatum esset.*

Einer jeden Parthey steht es also frey, ihr Recht von der eidlichen Versicherung ihres Gegners abhängig zu machen; und zwar kann nach dem Römischen Recht der Eid nicht nur außergerichtlich deferirt werden, sondern man kann auch in einem gerichtlichem Rechtsstreite seinen ganzen zu führenden Beweis von dem Eide der Gegenparthey abhängig machen. Paulus sagt *L.* 25 §. 3. *D. de probat.* In omnibus visionibus, quas proposuimus, licentia concedenda est ei, *cui onus probationis incumbit*, adversario suo de rei veritate iusiurandum inferre, prius ipso pro ca-

ea res est habita, ut fua cuique fides pro sanctissimo iureiurando, et longe firmissimo testimonio fuerit: et quoties alter cum altero contractum fecisset, si qua exorta esset controversia, eam alterius litigantium fides dirimebat, nec contentionis studium longius progredi sinebat, quia et magistratus et iudices in dubiis causis plerumque ex alterius partis fide ac sacramento faciebant arbitrium.

49) S. *Ge. Lud.* BOEHMERI Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. §. 2.

50) In den *Basilic.* Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. p. 118. heißt es: Εστιν διαλυσει. i. e. *transactioni proximum est.*

calumnia iurante, ut iudex iuramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare, iure referendae religionis ei servando. Untersucht man den historischen Grund des außergerichtlichen Eides, so läßt sich dieser nicht füglich, nach Malblancs[51]) Idee, in dem Wunsche des rohen und abergläubischen Römers, dem Gegner seine Ungerechtigkeit durch den Fluch des Meineides zu vergelten, oder in dem Gefühle der Beruhigung setzen, durch die göttliche Rache, welche jenen verfolgen werde, Entschädigung für den Verlust des Seinigen zu finden. Nein! man hatte vielmehr, wie Zirkler[52]) dagegen sehr überzeugend dargethan hat, einen so starken Glauben an die Macht des Eides auf das Gemüth des Schwörenden, daß man mit einem hohen Grad von Ueberzeugung darauf rechnete, durch den Schwörenden nicht getäuscht zu werden. Man forderte also den Eid als eine Versicherung, als ein Mittel der Ueberzeugung wegen eines zweifelhaften Grundes der Einrede oder des Anspruchs des Andern. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergiebt sich unter andern vorzüglich daraus, daß in vielen Fällen, welche in den Gesetzen dieses Titels angeführt werden, der Deferent gerade derjenige ist, dem der Beweis nicht obliegt, sondern gegen den eigentlich nach der Ordnung des Processes der Beweis geführt werden müßte; es sind auch die Fälle meistentheils so beschaffen, daß der Deferent die Vermuthung der Unwissenheit für sich hat. Z. B die Forderung, welche A an den B. macht, gründet sich auf eine verbindliche Handlung seines Erblassers. Könnte hier wohl etwas anders den B., welcher im Vortheil sitzt, zur Eidesdelation bewegen, als der humane Wunsch, weder sich, noch seinem Gegner zu nahe zu thun? Was könnte hier für eine andere Absicht Statt finden, als die, durch den Eidesantrag die Ungewißheit zu heben, worin man sich im Verhältniß gegen einen Menschen befand, dessen bloßen Worten man nicht glauben, dem man aber doch auch nicht gern

51) Doctr. de iureinr. §. 34.

52) Versuch über den willkührlichen Eid außer Gericht, in Grolmans Magaz. für die Philosophie und Geschichte des Rechts 1. Band Nr. XI. S. 429. ff.

gern Unrecht thun möchte? Unstreitig ist diese Vorstellung natürlicher und der Sache angemessener. Denn auf solche Art gewährte der Eid einen Grad von Ueberzeugung gleich demjenigen, nach welchem wir in allen zweifelhaften Fällen entscheiden und handeln, und der Erfahrung zu Folge mit Sicherheit entscheiden und handeln können, und zugleich empfohl sich diese Auskunft dadurch, daß sie allen processualischen Weitläuftigen vorbeugte, oder denselben ein Ende machte. Merkwürdig ist jedoch der Unterschied, welchen das römische Recht zwischen dem angetragenen gerichtlichen und außergerichtlichen Eide macht. Jener bleibt zwar in Hinsicht seines Grundes immer noch Vergleichsmittel. Die Gesetze sehen auch die Zuschiebung desselben und die Erklärung des Gegners über sie als einen Vertrag an, und leiten daraus viele Folgen ab [53]), wie in der Folge weiter gezeigt werden wird. Allein in Hinsicht seines Zwecks hat der gerichtlich zugeschobene Eid die Natur eines Beweismittels angenommen, und hierdurch besondere Modificationen erhalten, welche von dem Zweck der Beweisführung abhängen [54]). Hier soll er die Gewißheit des Factums herstellen, welches der Richter unter das Gesetz subsumiren muß. Daher kommen bey diesem Eide nicht bloß die Partheyen als handelnde Subjecte vor, sondern der Richter tritt noch als mitwirkendes Subject hinzu, welcher durch den Eid das Mittel erhalten soll, ohne welches er den Zweck seiner Bestimmung nicht erfüllen, d. i. den Rechtsstreit nicht entscheiden kann [55]). Bey diesem Eide muß sich also der Gegner, welchem er angetragen wird

53) *L. 26. §. 2. L. 35. §. 1. D. h. t.*

54) S. Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 91. Auf solche Art läßt sich die Meinung vereinigen, welche *Mich.* zick in Diss. sist. disquisit. histor. critic. quaestionis: Utrum iusiurandum apud Romanos pro specie transactionis, vocem hanc in sensu proprio sumendo, habitum sit? *Altorfii* 1804. 4. zu vertheidigen gesucht hat.

55) Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses. 2. Band Nr. XLIX. §. 4. f. S. 506.

ird, erklären, ob er den Eid schwören wolle oder nicht *). Er kann ihn in dem letztern Falle auch zurückschieben [56]). Wer hingegen einen ihm gerichtlich angetragenen Eid, weder selbst schwören, noch zurückschieben will, wird als Geständiger behandelt [57]). Auch ist hier sowohl die Zulässigkeit der Eideszuschiebung, als der Zurückschiebung der richterlichen Prüfung unterworffen. Daher hat auch der Richter das Recht, die Eidesformel nach dem Zweck, für welchen der Eid als Beweismittel gebraucht wird, zu bestimmen [58]). Alles dieses verhält sich hingegen bey einem aussergerichtlichen Eide ganz anders. Dieser gründet sich nicht nur auf einen Vertrag, sondern dient auch blos zum Zweck einer vergleichsmäßigen Beylegung des Rechtsstreites [59]). Hier hängt alles von der Willkühr der Partheyen ab. Derjenige, welchem ein solcher Eid deferirt wird, ist daher weder schuldig, sich auf die Delation einzulassen, noch kann derselbe zum Schwur genöthiget werden, wenn er auch schon den Eid acceptirt hat [60]). Denn die Worte des Prätors: *aut soluere, aut iurare coam* [61]), beziehen sich, wie der ganze Zusammenhang lehrt, blos auf den gerichtlichen Eid. Bey dem aussergerichtlichen Eide ist, wenn der Acceptant nicht geschwört, nur die Folge die, daß die Sache in statu quo bleibt, und unter den Partheyen das nähmliche Verhältniß statt findet, als wenn gar nichts unter ihnen vorgefallen und verabredet worden wäre. Si neque iuratum est, neque remissum iusiurandum, sagt Ulpian [62]), pro eo debet

*) *L. 34. §. 6. D. h. t.*

[56]) *L. 34. §. 7. D. h. t.*

[57]) *L. 38. D. eodem.*

[58]) *L. 34. §. 8. D. h. t.* S. Gönners Handbuch des gemeinen Processes 1. Band Nr. X. §. 26.

[59]) Grolmans Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 91. S. 167.

[60]) *Ge Lud.* BOEHMER Diss. cit. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. §. 4.

[61]) *L. 34. §. 6. D. eodem.*

[62]) *L. 5. §. 4. D. h. t.*

debet haberi, atque si res in iusiurandum admissa non esset. Die Folge des Eingeständnißes hingegen kann aus der Verweigerung eines außergerichtlich acceptirten Eides nie entstehen. Denn das pactum, welches bey diesem Eide zum Grunde liegt, ist einer bedingten Schenkung gleich. Es ist daher nur ein negotium unilaterale, welches das Versprechen enthält, Jemanden unter der Bedingung, daß er schwöre, eine Forderung zu erlaßen, oder seine Ansprüche anzuerkennen, das von diesem ohne Uebernahme einer gegenseitigen Verbindlichkeit acceptirt wird [63]). Der Eidannehmer, welcher den Eid nicht schwört, kann also bey dem ganzen Handel nichts verliehren, er läßt sich durch Verweigerung des Eides blos einen Vortheil entgehen, den er hätte erwerben können. Hieraus erklärt sich nun auch, wie Paulus [64]) lehrt, warum ein außergerichtlicher Eid nicht referirt werden kann. Will sich also der Acceptant der Vortheile des angenommenen Eides theilhaftig machen, so muß er den Eid schwören, wenn ihm nicht etwa der Deferent die Ableistung erläßt *). In diesem Falle giebt der Prätor aus dem Eidesvertrage bald eine Einrede, bald eine Klage, — actio in factum, je nachdem entweder derjenige, an welchen die Forderung gemacht wurde, oder der Gläubiger selbst den Eid abschwur [65]). Dieser Rechtsmittel bedarf hingegen der Schwörende nicht, wenn der Eid vor Gericht geleistet worden, weil hier der Proceß bis zum Urtheil und zur Execution seinen Fortgang behält.

63) Anderer Meinung sind zwar viele. Man sehe LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 56. Allein gründlich hat diesen Irrthum widerlegt Zickler in Grolmans angef. Magazin 1. B. S. 436.

64) *L. 17. D. h. t.*

*) *L. 6. D. h. t.*

65) *L. 9. §. 1. D. h. t. L. 28. §. 10. D. eodem. L. 8. Cod. de reb. credit. §. 4. I. de except.* Die actio in factum de iureiurando hebt jedoch die vorige Klage nicht auf, sondern es wird nur dabey des Eides, als einer Nebenqualität, gedacht. *L. 13. §. 3. et 5. L. 30. D. h. t. L. 7. §. 7. D. de public. in rem act. Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. XXXIX. Th. 10. und MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 474.

Ausführliche Erläuterung, der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Zwölften Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm.

1810.

Fortsetzung.

des 2. Titels im 12. Buch.

De iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali.

§. 798 b.

Heutiger Gebrauch des außergerichtlichen Eides. In wiefern kann ein deferirter Eid wegen erweislichen Meineides angefochten werden?

Ob der **außergerichtliche Eid** noch jetzt Statt finde, ist unter den praktischen Rechtsgelehrten streitig. Einige [1]) wollen daran zweifeln, weil er auf einem Grunde beruhe, der der gesunden Vernunft, und den Principien einer reinern Religion zuwiderlaufe. Andere [2]) hingegen vertheidigen den heutigen Gebrauch der außergerichtlichen Eidesdelation, als der Vernunft und natürlichen Billigkeit vollkommen gemäß, und diese Meinung verdient unstrei-

1) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 31. *van* LEEUWEN Cens. for. P. II. Lib. II. cap. 29. nr. 29. nr. 32. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 41.

2) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3. BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. 25. §. 5. not. 1. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 7. §. 35. SCHAUMBURG Compend. Dig. h. t. §. 14. KOCH Diss. de eo, quod iustum est circa delationem iuramenti litis decisorii. Cap. 1. §. 6—10. und HOPACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4511. in fin.

unstreitig den Vorzug. Mag es immerhin so gewöhnlich nicht seyn, außergerichtlich durch Entscheidungseide Rechtssachen abzuthun, so steht doch der Zulässigkeit derselben schlechterdings kein Grund entgegen, aus welchem sie mit Recht bezweifelt werden könnte. Es steht ja den Partheyen frey, durch außergerichtlichen Vergleich einen Rechtsstreit beyzulegen; warum sollte es ihnen denn nun nicht mehr erlaubt seyn, sich zum Zweck einer vergleichsmäßigen Beylegung des Rechtsstreits der außergerichtlichen Eideszuschiebung zu bedienen? Denn daß es für eine unrichtige Ansicht der Sache zu halten sey, wenn man sich den Gedanken, in dem Fluche des Meineides, welchen der Falschschwörende sich aufbürdet, einen Ersatz für den Verlust des Seinigen zu finden, als die erste und ursprüngliche Absicht dieser Eidesart vorstellt, ist schon oben gezeigt worden. Aus diesen Gründen hat es daher auch keinen Zweifel, daß sowohl von der *actio in factum ex iureiurando*, als der *exceptio iurisiurandi* noch heut zu Tage Gebrauch gemacht werden könne [3]). Jene ist eine prätorische Personalklage [4]), welche demjenigen zusteht, der einen ihm außergerichtlich zugeschobenen Eid [5]) in der Maa-

3) Man sehe LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 57—61. und Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 742. ff.

4) Wenn gleich die vorige Klage, wegen welcher geschworen worden, eine Realklage ist. In dem §. 8. *I. de action* wird sie ausdrücklich unter die prätorischen Personalklagen gezählt. S. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. pag. 284.

5) *L.* 28. §. 10. *D. h. t.* Item cum ex hac parte iusiurandum et actionem et exceptionem induerat, si forte reus *extra iudicium*,

Maaße, wie er von ihm verlangt worden [6]), entweder wirklich geschworen hat, oder wenigstens zur Ableistung desselben bereit war, dem aber dieser Eid von seinem Gegner erlassen worden ist [7]), nicht minder seinem Erben, oder wer sonst wegen der Sache, worüber geschworen worden, in seine Rechte eingetreten ist [8]). Sie wird wider denjenigen angestellt, welcher den Eid außergerichtlich zugeschoben hat, so wie gegen desselben Erben und Nachfolger, welcher wegen des beschwornen Gegenstandes in seine Verbindlichkeiten getreten ist [9]); und geht auf die Erfüllung desjenigen, was der Kläger beschworen hat, oder zu beschwören

cium, actore inferente, iuraverit, se dare non oportere, et actor, reo deferente, dare sibi oportere, vel contra: posterior causa iurisiurandi potior habebitur. Nec tamen praeiudicium periurio alterius fiet: quia non quaeritur, an dare eum oportet, sed an actor iuraverit.

) *L. 3. §. 4. L. 5. pr. D. h. t.* Iurare autem oportet, *ut delatum est iusiurandum.* Caeterum — non erit ratum habendum iusiurandum.

L. 9. §. 1. D. eod. Iureiurando dato, vel remisso, reus quidem adquirit exceptionem sibi, aliisque: actor vero *actionem* adquirit: in qua hoc solum quaeritur, *an iuraverit*, dari sibi oportere; vel, *cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit.* Man vergleiche noch damit *L. 6. D. eodem.* wo Paulus sagt: *Remittit iusiurandum*, qui deferente se, cum paratus esset adversarius iurare, gratiam ei fecit, contentus voluntate suscepti iurisiurandi. Quodsi non suscepit iusiurandum, licet postea parato iurare, actor nolit deferre, non videbitur remissum: nam, quod susceptum est, remitti debet.

L. 7. et 8. D. h. t.

L. 9. §. 7. D. eodem.

bereit war, insofern ihm nämlich der Eid vom Gegner erlassen worden ist [10]).

Da durch diese Klage die vorige nicht aufgehoben wird, welche dem Kläger zustand, so richtet sie sich ganz nach dem Gegenstande derselben, und nimmt auch insoweit deren Eigenschaft an; z. B. wenn die Hauptklage, wegen welcher geschworen worden ist, eine Erbschafts- oder Eigenthumsklage ist, so wird die actio ex iureiurando gerade darauf gerichtet, worauf diese Hauptklage geht [11]). Nur darin unterscheidet sich die actio in factum ex iureiurando von der Hauptklage, daß sie wider den dritten Besitzer der Sache, der weder den Eid deferirt hat, noch auch desselben facta zu prästiren schuldig ist, nicht Statt findet [12]). Man setze z. B. den Fall, der Besitzer einer Sache, welche Jemand als die seinige abfordert, schwört auf des Letztern Antrag, daß die Sache ihm zugehöre. Er verliert nachher den Besitz, welcher zufällig an denjenigen kommt, der den Eid

10) §. 11. I. *de actionib.* L. 9. §. 1. D. *h. t.* L. 8. Cod. *de reb. cred. et iureiur.*

11) L. 11. §. 3. D. *h. t.* Si cum de hereditate inter me et te controversia esset, iuravero hereditatem meam esse, *id consequi debeo, quod haberem, si secundum me de hereditate pronunciatum esset: et non solum eas res restituere debes, quas tunc possidebas, sed et si quas postea coepisses possidere:* perindeque haberi, quod iuratum est, atque si probatum esset: idcirco *utilis actio* mihi competit.

12) L. 9. §. 7. D. *h. t.* Si petitor iuravit, possessore deferente, rem suam esse, actori dabitur actio; sed hoc duntaxat adversus eum, qui iusiurandum detulit; eosque, qui in eius locum successerunt: *caeterum adversus alium si velit praerogativa iurisiurandi uti, nihil ei proderit.*

Eid deferirt hatte. Daß gegen dieſen die actio in factum Statt finde, hat keinen Zweifel [13]). Allein man ſetze, ſie kommt in die Hände eines Dritten, welcher deſſelben facta nicht präſtiren darf; gegen dieſen hat die Klage nicht Statt [14]). *Quia non debet alii nocere, quod inter alios actum eſt* [15]). War die Hauptklage von der Art, daß ein wiſſentliches Abläugnen des Beklagten die Strafe des Doppelten nach ſich zieht, ſo geht doch die actio in factum wegen des geſchwornen Eides, auch ſelbſt im Falle eines vorſätzlichen Leugnens des Beklagten, nur auf das Einfache [16]). Der Hauptvortheil dieſer Klage beſteht darin, daß der Kläger ſich bloß auf den ihm angetragenen und von ihm abgeſchwornen, oder ihm von dem Beklagten erlaſſenen Eid gründen darf, und dabey der vorigen Klage bloß in Rückſicht ihres Gegenſtandes gedenckt [17]). Iſt jener Grund erwieſen, ſo iſt ein weiterer Beweiß der Forderung ſelbſt nicht nöthig [18]).

13) *L. 11. §. 1. D. h. t.* Proinde ſi cum poſſideret, et deferente petitore rem ſuam iuravit, conſequenter dicemus, amiſſa quoque poſſeſſione, ſi is, qui detulit iusiurandum, nactus ſit poſſeſſionem, *actionem in factum* ei dandam, et fructus perceptos ex re, quam meam eſſe iuravi, reſtitui mihi placuit.

14) S. Schmidts theor. pract. Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen 3. Band §. 744.

15) *L. 10. D. h. t.*

16) *L. 30. pr. D. h. t.* Man ſehe den 6. Theil dieſes Commentars §. 501. S. 187. f.

17) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 58.

18) *§. 11. I. de actionib.* Item ſi quis, poſtulante adverſario, iuraverit, deberi ſibi pecuniam, quam peteret, neque ei ſolvatur: iuſtiſſi-

Die *exceptio iurisiurandi* hingegen kommt demjenigen zu statten, an welchen Ansprüche gemacht worden sind, wenn er, dem Antrag seines Gegners gemäß, ausser gerichtlich geschworen hat, daß er nichts schuldig sey, oder daß sein Gegner an der Sache, welche er besitzt, keine Ansprüche habe [19]). Sie wird dem Deferenten sowohl, als demjenigen entgegengesetzt, welcher in dessen Rechte tritt, wenn jener oder dieser dennoch die vermeintlichen Ansprüche gerichtlich verfolgen sollte, es geschehe nun entweder mit derselben Klage, wegen welcher der angetragene Eid geleistet worden, oder mit einer andern, sofern sie nur auf den gemachten Anspruch Beziehung hat, und diese mehreren Klagen in einem solchen Verhältniß zu einander stehen, daß die eine die andern aufhebt. Mit der Einrede des Ei-

iustissime ei accommodat talem actionem, *per quam non illud quaeritur, an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.* Es verdient mit dieser Stelle des Theophilus griechische Paraphrase verglichen zu werden, welche nach der Uebersetzung des Reitz Tom. II. pag. 800. so lautet: *Sed actio in factum ex iureiurando locum habet, quando, me poscente a te debitum, delato mihi iureiurando, iuravero, te tantam debere summam, quam quoque posco. Nam si eam non solveris, dabitur mihi in factum actio: quam ego instituens ostendere non cogor, utrum mihi quid debeatur, an non debeatur, sed hoc solum me probante, quod iuraverim, necesse est te condemnari.* Man sehe noch *L. 5. §. 2. D. h. t.*

19) *§. 4. I. de except.* Aeque si debitor, creditore deferente, iuraverit, nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet. Sed quia iniquum est de periurio quaeri, defenditur per *exceptionem iurisiurandi.* In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, aeque necessariae sunt exceptiones, *veluti si, petitore deferente, possessor iuraverit, eam rem suam esse*, et nihilominus petitor eandem rem vindicet.

Eides kann sich der Beklage schützen [20]), wenn auch schon der Kläger seine Forderung erweisen könnte. Denn er hat dem Beklagten, unter der Bedingung der Eidesleistung, seine Forderung einmal erlassen [21]). Ausser dem Schwörenden kommt die exceptio iurisiurandi auch noch andern Personen zu statten, nämlich denjenigen, welche in seine Stelle treten, oder sonst bey der Sache, worüber geschworen worden, interessirt sind [22]). Es ist nämlich der Eid entweder wegen einer actio in personam, oder wegen einer actio in rem geschworen worden. In dem ersten Falle kann sich jener Einrede nicht nur der Erbe des Schwörenden [23]), sondern auch der Bürge bedienen, wenn er wegen der eidlich abgeläugneten Schuld belangt wird [24]). In dem andern Falle hingegen kommt der Eid demjenigen zu statten, der in die Sache, wegen welcher der Eid ge-

[20]) *L. 28. §. 4. D. h. t.* Exceptio iurisiurandi, non tantum si ea actione quis utatur, cuius nomine exegit iusiurandum, opponi debet; sed etiam si alia, si modo eadem quaestio in hoc iudicium deducatur: forte si ob actionem mandati, negotiorum gestorum, societatis, caeterasque similes iusiurandum exactum sit, deinde ex iisdem causis certum condicatur: quia per alteram actionem altera quoque consumitur.

[21]) *§. 4. I. de Except.* Licet enim verum sit, quod intendit, id est, rem eius esse, iniquum tamen est, possessorem condemnari.

[22]) *G. Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 282. §. *Igitur pollicetur Praetor.*

[23]) *L. 7. D. h. t.*

[24]) *L. 28. §. 1. D. h. t.* Quod reus iuravit, etiam *fideiussori* proficit.

schworen worden, succedirt [25]), das heißt, diese Sache nachher von dem Schwörenden erhält, es sey von Todeswegen, wie z. B. der Legatar, oder unter den Lebendigen, wie z. B. der Käufer oder Donatar [26]). Hat der Schuldner den Eid geschworen, so werden auch dadurch die Pfänder frey, und müssen zurückgegeben werden, denn der Eid hat hierin eine Aehnlichkeit mit der Acceptilation [27]). Hat hingegen der Besitzer geschworen, daß die Sache, woran der Deferent Anspruch machen wollte, sein Eigenthum sey, so kann er nun die Sache longo tempore verjähren, die er sonst, bey dem Mangel eines erweislichen gerechten Titels, gegen den Dritten anders nicht als longissimo tempore hätte präscribiren können. Denn der Eid hat die Kraft eines gerechten Titels [28]). Zuweilen wird durch den außergerichtlichen Eid auch eine Klage perpetuirt, die sonst nur temporär gewesen wäre [29]). Denn dies ist die Wirkung der

25) *L. 8. D. h. t.*

26) S. NOODT c. l. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 61.

27) *L. 40. D. h. t.* Iusiurandum a debitore exactum efficit, ut pignus liberetur. *Est enim hoc acceptilationi simile.* Perpetuam certe exceptionem parit. Idcirco poenam quoque petentem creditorem exceptione summoveri oportet, et solutum repeti potest, utpote, cum interposito eo, ab omni controversia discedatur.

28) *L. 13. §. 1. D. de iureiur.* JULIANUS ait, eum, qui iuravit, fundum suum esse, post longi temporis praescriptionem etiam utilem actionem habere debere. S. MALBLANC de iureiur. §. 63. pag. 227.

29) *L. 9. §. 3. D. h. t.* Si is, qui temporaria actione mihi obligatus erat, detulerit iusiurandum, ut iurem, eum dare oportere,

ver litiscontestation, an deren Stelle, wie Paulus [30]) ſagt, der Eid tritt.

Es entſteht nun hier noch die Frage, ob ein ſolcher Eid, der auf geſchehenen Antrag des Gegners geſchworen worden iſt, nicht wegen begangenen Meineides angefochten werden könne? Die alten römiſchen Rechtsgelehrten waren deshalb verſchiedener Meinung. Labeo glaubte, es habe hie actio de dolo Statt. Pomponius hingegen widerſprach ihm aus dem Grunde, weil durch den geleiſteten Eid der Streit einmal beygelegt ſey. Man müſſe es alſo nun bey dem Eide laſſen. Dieſe Meinung billigte auch Marcellus; und Paulus fügte noch den Grund hinzu, es ſey genug, daß der Meineid beſtraft werde. Es ſind hier folgende Stellen der Pandecten merkwürdig.

L. 21. *D. de dolo malo.* Quod ſi, deferente me, iuraveris, et abſolutus ſis; poſtea periurium fuerit approbatum: LABEO ait, *de dolo actionem* in eum dandam: POMPONIUS autem *per iusiurandum transactum videri*, cuam ſententiam et MARCELLUS Libro 8. Digeſtorum probat: *ſtari enim religioni debet.*

L. 22. *D. eodem.* Nam ſufficit periurii poena [31]).

tere, egoque iuravero, *tempore non liberatur: quia poſt litem conteſtatam cum eo perpetuatur adverſus eum obligatio.*

) *L.* 28. §. 2. *D. de iudic.* *G. Gail.* BARCLAII Comment. ad h. L. bey OTTO *in Theſ. iur. Rom.* Tom. III. pag. 934. ſq.

) Worin dieſe poena periurii beſtanden habe, deren Paulus hier gedenkt, iſt ſtreitig. MALBLANC de iureiur. §. 64. erklärt ſie nach der Vorſtellung der Römer von der göttlichen Rache, die den Meineidigen verfolgen werde. Allein die

Diese letztere Meinung ward auch durch ein Rescript des Kaisers Antoninus bestätiget, welches in der *L.* 1. *Cod. de reb. credit. et iureiur.* auf folgende Art lautet.

Causa iureiurando ex consensu utriusque partis, vel adversario inferente, delato et praestito, vel remisso decisa: *nec periurii praetextu retractari potest:* nisi specialiter hoc lege excipiatur.

Hierauf bezieht sich, was Ulpian sagt *L.* 56. *D. de re iudicata:* Post rem iudicatam, vel *iureiurando decisam*, vel confessionem in iure factam *nihil quaeritur post orationem* DIVI MARCI.

Der Grund hiervon liegt unstreitig in der Natur der Eidesdelation, welche von Seiten des Deferenten das Versprechen erhält, dem Andern, unter der Bedingung, daß er schwöre, eine Forderung zu erlassen, oder desselben Ansprüche anzuerkennen, welches von diesem, ohne Uebernahme einer gegenseitigen Verbindlichkeit, acceptirt wird [32]).

Hier-

die Strafe konnte auch eine weltliche seyn, wenn der Eid per genium Principis war falsch geschworen worden. *L. 13. §. 6. D. h. t.* wie auch POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. LII. not. i. pag. 360. bemerkt hat. Außerdem war freylich damals keine bürgerliche Strafe auf den Meineid gesetzt, sondern man überließ die Bestrafung der rächenden Gottheit. *L. 2. C. de reb. credit. et iureiur.* sagt: Contemta iurisiurandi religio satis Deum ultorem habet. Jedoch entgieng der Meineidige der notae censoriae nicht. CICERO *de offic. Lib. I. c. 13. de Legg. Lib. II. cap. 9.* LIVIUS *Lib. XXIV. cap. 18.* S. *Theod. Regn. de* BASSEN de iureiurando veter. inpr. Rom. Cap. 8.

32) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 25.

leraus erklärt ſich nun, warum der deferirte Eid nach m römiſchen Rechte nicht angefochten werden konnte, ill, der einmal geſchehenen Erklärung des Deferenten zu olge, von dem Beweis eines Meineides gar keine Frage ehr ſeyn konnte. Ganz dieſen Grundſätzen gemäß, ſagt her Juſtinian §. 4. *I. de exceptionib.* Si debitor, cre-ore deferente, iuraverit, nihil ſe dare oportere, *quum eſt, de periurio quaeri*, oder, wie es Theophi-s [33]) paraphraſirt: ἄτοπόν ἐϛι, ἐπιόντα με ἐλέγχειν ἀν-ὴν ἐπιορκίαν: i. e. *abſurdum eſt, me agentem eius per-ium arguere.* Und Julian ſagt dies noch beſtimmter 15. *D. de excep.* Adverſus exceptionem iurisiu-ndi *replicatio doli mali* non debet dari; *cum Praetor agere debet, ne de iureiurando cuiusquam quaeratur.* Es eint mir daher Voet [34]) ganz Unrecht zu haben, wenn dieſe Geſetzſtellen bloß von dem Falle verſtehen will, da mand anfangs den Eid bona fide geſchworen, und nach-erſt entdeckt hat, daß er falſch geſchworen habe. Nur einem Falle hat Juſtinian eine Ausnahme gemacht, nlich wenn Jemand wegen eines ihm vorgeblich hinter-enen Legats oder Fideicommiſſes, auf geſchehenen Eidesan-n des Erben, weil das Teſtament nicht aufzufinden war, ch geſchworen hat. Hier kann das Legat zurückgefordert den. Dieſe Ausnahme iſt in der *L. ult. Cod. de reb. lit. et iureiur.* enthalten, welche folgendermaſſen lautet:

Cum quis legatum, vel fideicommiſſum, utpote relictum, exigeret, et, teſtamento forte non apparen-

Paraphras. graec. Inſtitut. Lib. IV. Tit. 13. §. 4. nach der eitziſchen Ausgabe Tom. II. pag. 878.

Cit. loc. §. 25.

parente, pro eo ſacramentum ei ab herede delatum eſſet, et is religionem ſuam praeſtaſſet, affirmans, ſibi legatum vel fideicommiſſum derelictum eſſe: et ex huiusmodi teſtamento id, quod petebat, conſecutus eſſet; poſtea autem manifeſtum eſſet factum, nihil ei penitus fuiſſe derelictum: apud antiquos quaerebatur, utrum iuriiurando ſtandum eſſet, an reſtituere deberet, quod accepiſſet? *Nobis itaque melius viſum eſt, repeti ab eo legatum vel fideicommiſſum; nullumque ex huiusmodi periurio lucrum ei accedere.*

Viele Rechtsgelehrten [35]) ſind der Meinung, daß durch dieſe Verordnung das ältere Recht abgeändert worden, und nun allgemein erlaubt ſey, den deferirten Eid anzufechten, wenn bewieſen werden kann, daß er wiſſentlich falſch geſchworen ſey. Denn wenn gleich dieſelbe nur von einem ſpeciellen Falle rede, ſo müſſe doch die Verordnung ſelbſt für allgemein entſcheidend darum angenommen werden, 1) weil ſie eine von den funfzig Deciſionen ſey, worin Juſtinian den ehemaligen Streit über die Frage von

35) *Ant.* FABER Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 1. Def. 2. et 24. ENGEL in Colleg. iur. canon. Lib. II. Tit. 24. Sect. I. nr. 31. LEYSER Medit. ad Pand. Specim. CXLV. Medit. 1. et Spec. DLXVII. medit. 12. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 42. *God. Lud.* MENCKEN Diſſ. de cauſa ob praeſtitum iuramentum iudiciale deciſa, probato periurio redintegranda. *Lipſiae 1740. Io. Thad.* MÜLLER Diſſ. de cauſa, iuramento voluntario deciſa, ob periurium retractanda. *Heidelbergae 1766. Io. Nic.* MOECKERT Diſſ. de iureiurando retrahendo. *Rintel. 1769.* und MALBLANC in Doctr. de iureiur. §. 65. welcher jedoch nachher in ſeinen Princip. iuris Rom. P. II. §. 477. pag. 312. ſeine Meinung geändert hat.

on der Unumſtößlichkeit des deferirten Eides entſchieden ha-
e; und 2) wegen der Allgemeinheit des geſetzlichen Grundes.
Denn der Geſetzgeber wolle überhaupt nicht, daß Jemand
us ſeinem Meineide einen Vortheil ziehe. Dieſer Grund
aſſe auf jeden Fall, da ein begangener Meineid erwieſen
erden kann. Allein dieſer Meinung ſtehen folgende Grün-
e entgegen. Die *L. ult. Cod. de reb. cred.* iſt datirt *poſt*
nſulatum Lampadii et Oreſtis 532. [36]). Sie iſt alſo
och vor den Pandecten gegeben worden. Dennoch ward
ie wichtige Stelle von der Unumſtößlichkeit des deferirten
nd abgeſchwornen Eides aus des Cajus Commentaren
ber das edictum provinciale den Pandecten einverleibt,
elche *L.* 31. *D. de iureiur.* auf folgende Art lautet:

Admonendi ſumus, interdum etiam poſt iusiuran-
um exactum permitti conſtitutionibus Principum, ex
ıtegro cauſam agere, ſi quis nova inſtrumenta ſe in-
eniſſe dicat, quibus nunc ſolis uſurus ſit. Sed hae
ɔnſtitutiones tunc videntur locum habere, cum a iu-
ice aliquis abſolutus fuerit: ſolent enim ſaepe iudices
ı dubiis cauſis, exacto iureiurando, ſecundum eum
ıdicare, qui iuraverit. *Quodſi alias inter ipſos iureiu-
ndo transactum ſit negotium, non conceditur eandem cau-
m retractare.*

Wir lernen zugleich aus dieſer Stelle den wichtigen
nterſchied zwiſchen einem vom Gegner angetragenen, und
nem vom Richter auferlegten Eid. Gegen den letztern
nn wegen neu aufgefundener Urkunden die Wiedereinſe-
tzung

) Nach Wieling in Iurisprud. reſtituta. Tom. I. pag. 145. ſogar *poſt Conſulatum Lampadii et Oreſtis anno primo 531.*

tung in den vorigen Stand gesucht werden; nicht aber gegen den ersten, weil dadurch der Rechtsstreit unter den Partheyen einmal beygelegt worden ist [37]). Daß die *L. ult. Cod. de reb. credit.* nur eine Ausnahme von der Regel enthält, erhellet ferner daraus, weil Justinian die Verordnung des Krs Antoninus *L. 1. Cod. eod.* welche die Regel von der Umstößlichkeit eines abgeschwornen deferirten Eides enthält, nicht nur in seinen Codex aufgenommen hat, sondern es sind auch die letztern Worte derselben, *nisi specialiter hoc lege excipiatur*, wie Cujaz [38]) und Voodt [39]) ganz richtig bemerkt haben, vom Tribonian in keiner andern Absicht beygefügt worden, als um dieses Gesetz, welches keinesweges aufgehoben seyn solle, mit den *L. ult.* zu vereinigen. Hierzu kommt endlich noch das Zeugniß der Basiliken, und der griechischen Ausleger, welche die *L. ult.* auch nur auf den darin entschiedenen Fall einschränken. In den Basiliken [40]) lautet nämlich unsere *L. ult.* folgendermassen:

Δέγων τίς χρεωςῆισθαι ληγάτον ἐν διαθήκῃ καταλειφθὲν αὐτῷ, καὶ μὴ προφέρων τὴν διαθήκην, ὅρκον ἀπητήθη παρὰ τῦ κληρονόμου, καὶ ἐπωμόσατο τῇ ἀληθείᾳ καταλελεῖφθαι αὐτῷ τὸ ληγάτον, καὶ ἔλαβεν αὐτό. ἀλλὰ μετὰ ταῦτα ἀπεδείχθη προφανῶς, μηδὲν αὐτῷ καταλελεῖφθαι. ἡ τοίνυν διάταξις ἐπιτρέπει, ὅτε μὲν αὐτῷ οὐδὲν καταλέλειπτο, ἀναδιδόναι αὐτὸν ὅπερ ἔλαβεν, ἐκ τῆς οἰκείας ἐπιοικίας μηδὲν πεςδαί

37) *L. 19. Cod. de transact. L. 4. Cod. de re iudic.* S. *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XVIII. cap. 35.

38) Cit. loc.

39) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 288.

n. III. Lib. XXII. Tit. 5. Constit. 55. pag. 137.

λαίοντα. i. e. *Cum quis diceret, deberi ſibi legatum teſta-*
mento relictum, nec teſtamentum proferret, iusiurandum ei
b herede delatum fuit, et iuravit, revera legatum ſibi dere-
ctum eſſe, idque conſecutus eſt. Poſtea autem manifeſtum
ictum eſt, nihil ei relictum fuiſſe. Conſtitutio igitur iubet,
t ſiquidem nihil ei relictum ſit, repetatur ab eo, quod con-
cutus eſt, nullum ex periurio ſuo lucrum facturo.

In Beziehung auf dieſe Verordnung ſagt Balſa-
mo [41]): Ὁ δὲ νενεσσαμένος ἀναψηλαφᾶται ἐπὶ ἑνὸς καὶ μό-
νου ὅρκου, ἤτοι τοῦ τελευταίου κεφ. τοῦ ι'. Tit. τοῦ κβ'.
β. i. e. *Neceſſarium* [42]) *vero in uno eoque ſolo caſu retracta-*
r, nempe ultimi cap. tit. 5. Lib. XXII. Baſil. Eben ſo Ar-
liates [43]). Dieſe Meinung nehmen auch die meiſten neuern
echtsgelehrten [44]) an. Nur darüber iſt man nicht einig, wa-
rum

) Ad Nomocanonem *Photii* Tit. XIII. cap. 18. *in* IUSTELLI
et VOELLI Bibliotheca iuris canon. vet. Tom. II. pag. 1118.

) Balſamo verſteht hier unter dem iuramento neceſſario,
nicht den vom Richter aufgelegten, ſondern den gerichtlich de-
ferirten Eid. Denn vom iuramento voluntario ſagt er, οὐδέπο-
τε ἀναψηλαφᾶται, i. e. *nunquam retractatur.* Nun verſtan-
en die griechiſchen Ausleger unter dem iuramento voluntario
en außergerichtlich deferirten Eid. S. oben §. 789. S. 180.
Synopſis Tit. 18.

NOODT Comm. ad Dig. h. t. p. 288. *Em.* MERILLIUS Ex-
ſition. in L. Deciſion. Iuſtin. Nr. XLV. (*Operum minor.*
II. pag. 125.) *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 16.
THIBR Pand. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XLVIII. in fin. pag.
O. *Io. Iac.* WISSENBACH Comment. in Cod. ad L. ult. de
. cred. pag. 217. *Iul.* PACIUS Analys. Cod. Lib. IV. Tit. 1.
24. *Ian. a* COSTA Praelect. ad illuſtrior. quaed. titulos

loca-

rum der Kaiſer gerade bey Legaten und Fideicommiſſen eine Ausnahme von der Regel gemacht habe. Man ſetzt den Grund gewöhnlich darin, weil ein Vergleich über den Gegenſtand eines Teſtaments, und folglich auch eine Eidesdelation, welche die Natur eines Vergleichs hat, nicht gelte, wenn man nicht zuvor das Teſtament ſelbſt eingeſehen habe [45]). Schon Accurſius und der griechiſche Scholiaſt der Baſiliken führen dieſen Grund an, und viele der neuern Rechtsgelehrten [46]) ſind ihnen hierin gefolgt. Allein daß ſich gerade das Gegentheil aus dieſem Geſetz erweiſen laſſe, hat ſchon Joh. Aug. Bach [47]) gezeigt. Andere [48]) ſuchen daher den Grund in der Natur und beſondern Begünſtigung letzter Willensverordnungen. Noch andere [49]) darin, weil hier, wo das Teſtament nicht aufzufinden war, die Eidesdelation, wegen Mangels an andern Beweismitteln, gewiſſermaſſen aus Nothwendigkeit geſchahe. Soviel iſt gewiß, daß der Grund, den der Kaiſer ſelbſt anführt, zu generell iſt. Ob nicht nach dem heutigen Recht ein deferirter Eid, wenn er bewieſenermaßen falſch geſchworen worden iſt, in allen Sachen angefochten und aufgehoben werden könne, iſt eine Frage, worüber die heutigen Rechtsgelehr-

locaque ſelecta iur. civ. pag. 151. ſq. SCHAUMBURG Comp. iuris Dig. h. t. §. 14. KOCH Inſtit. iuris crim. §. 548. in Schol. und MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 477.

45) *L. 6. D. de Transact.*

46) VORT Comm. ad Dig. h. t. §. 26.

47) Diſſ. de iure transactionis ſuper controverſiis ex teſtamento non cognitis tabulis. §. 4. (in *Opuſcul.* pag. 82. ſq.)

48) MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 477. pag. 312.

49) *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. pag. 288. und *Lan. a* COSTA Praelection. cit. pag. 152.

elehrten auch nicht einverſtanden ſind. Viele [50]) bejahen ie in Beziehung auf den Art. 107. der peinl. Ge- ichtsordn. Carls V. wo es heißt:

„Item welcher vor Richter oder Gericht einen gelehr- n Meineid ſchwört, ſo derſelbig Eid zeitlich Gut antrifft, as in deß, der alſo fälſchlich geſchworen hat, Nutz kom- en, der iſt zuvörderſt ſchuldig, wo er das vermag, ſolch lſchlich abgeſchworen Gut dem Verletzten wiederzukehren.“

Andere [51]) hingegen behaupten, daß durch dieſen Ar- el das römiſche Recht nicht aufgehoben ſey. Denn der aiſer rede hier nicht von der bürgerlichen, ſondern blos n der peinlichen Rechtsverfolgung, und wolle nur, daß bey r peinlichen Beſtrafung des Meineides auch zugleich auf Reſtitution des durch den falſchen Eid verurſachten chadens ſoviel möglich Rückſicht genommen werden ſolle. ieſe letztere Meinung verdient in der Theorie allerdings Vorzug.

§. 799.

Von wem? Wem? und in welchen Sachen kann der Eid deferirt werden?

Da dem Geſagten zu Folge der deferirte Eid, ſeinem prunge nach, ein bloßes Vergleichsmittel iſt, und auch ſelbſt

KOCH cit. loc. von Quiſtorp Grundſätze des deutſchen einlichen Rechts 1. Th. §. 136. HOPACKER Princip. iur. civ. om. germ. Tom. III. §. 4524. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. h. §. 1162. Weſtphals Rechtsgutachten h. t. §. 20. Th. S. 78.

KRESS Diſſ. de variis controverſiis in argumento poſſeſſionis iuramentor. §. 15. de BOEHMER Meditat. in Conſtitut. crim. rol. ad Art. 107. §. 3. und MALBLANC Princip. iuris Rom. II. §. 477. in fin.

selbst der gerichtlich zugeschobene Eid, wenn er schon in Rücksicht seines Zwecks nach der Natur eines Beweismittels modificirt ist, dennoch in Hinsicht seines Entstehungsgrundes immer etwas Vergleichsähnliches beybehalten hat [52]; so lassen sich nun hieraus folgende Fragen entscheiden.

I. Wer kann einen Eid deferiren? Nach den Grundsätzen des römischen Rechts, mit welchen auch der Gerichtsgebrauch übereinstimmt, können nur diejenigen einen Eid deferiren, welche einen Vergleich zu schließen fähig und befugt sind, und nur unter den Bedingungen, unter welchen sie dies können, ist ihnen auch die Eidesdelation erlaubt [53]. Also

1) nur Eigenthümer, welche über das Ihrige zu verfügen fähig sind, und sich daher in Ansehung ihres Vermögens durch ihre Handlungen verpflichten können [54]. Pupillen, Minderjährige und gerichtlich erklärte Verschwender können demnach ohne Zustimmung ihrer Vormünder keinen Eid deferiren [55]. Hatte ein Minderjähriger keinen Cura-

52) S. Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 91. S. 168.

53) *L. 35. §. 1. D. h. t.* Prodigus, si deferat iusiurandum, audiendus non est. Idemque in caeteris similibus ei dicendum est: nam sive pro pacto convento, sive pro solutione, sive pro iudicio hoc iusiurandum cedit, non ab aliis delatum probari debet, quam qui ad haec habiles sunt.

54) S. *Christ. Frid.* POHL Diss. de indole iurisiurandi in iudicio delati. *Lipsiae 1786.* §. 4.

55) *L. 17. §. 1. D. de iureiur.* Pupillus tutore auctore iusiurandum deferre debet. Quodsi sine tutore auctore detulerit, exce-

Curator, so war zwar die von demselben geschehene Eides-delation nach dem röm. Rechte an sich nicht ungültig; er konnte aber dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen [56]). Allein da heutzutage Minderjährige sich ohne Curator in Rücksicht ihres Vermögens nicht verbindlich machen können, so haben sie dieses Rechtsmittel nicht einmal mehr nöthig, sondern hierin mit den Unmündigen gleiche Rechte [57]).

2) Procuratoren können in Sachen des Eigenthümers den Eid nur insofern deferiren, als sie entweder zur Verwaltung aller Güter und Geschäfte bestellt sind, oder zur Eideszuschiebung eine Specialvollmacht erhalten haben, oder der ihnen ertheilte Auftrag ein mandatum in rem suam ist [58]). Ausserdem ist die Eidesdelation ungültig [59]),

exceptio quidem obstabit, sed replicabitur, quia rerum administrandarum ius ei non competit.

) *L. 9. §. 4. D. de iureiur.*

) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8. Webers syst. Entwikel. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 73. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4515. not. a. in fin.

) *L. 17. §. 3. D. h. t.* Procurator quoque, quod detulit, ratum habendum est: scilicet, si aut *universorum bonorum administrationem sustinet*, aut si *id ipsum nominatim mandatum sit*, ut si *in rem suam procurator* sit.

) *L. 18. D. eodem.* Alias autem procuratorem deferentem iusiurandum non esse audiendum, IULIANUS libro 10. Digeorum scribit. Nec postea reus, qui semel iuravit, a domino convenietur: nec multum ei proficere, si fuerit ei de rato cautum. Sive enim dominus petat, cogetur docere reus, liquido se iurasse, posita scilicet exceptione: sive ex stipulatione de rato agat, necesse habebit ipse de periurio suo docere. Statt

Nec

wofern nicht etwa der Procurator mit einer ganz unbeschränkten Vollmacht (mandatum cum libera) versehen seyn sollte [60]).

3) Vor-

Nec postea lesen Haloander und Baudoza richtiger *ne postea* in unmittelbarer Verbindung mit dem Vorhergehenden. Mit dieser Leseart stimmt auch unser Cod. Erlang. Pand. überein. Der Sinn ist also dieser. Wenn ausser den Fällen, wovon in der L. 17. die Rede war, ein Procurator dem Gegner seines Principals den Eid zuschiebt, so kann letzter nicht genöthiget werden, den Eid anzunehmen, und schwört er ihn auch, so wird er ihn dennoch nicht schützen, sondern er wird, dessen ungeachtet, von dem Eigenthümer in Anspruch genommen werden können, wenn er sich auch von dem Procurator eine cautio de rato hätte bestellen lassen. Denn entweder der Eigenthümer klagt. Hier kann ihn der Kläger, wenn er die Einrede des geleisteten Eides vorschützen wollte, mit der Replik zurückweisen, daß der Eid ohne seinen Antrag und Willen geschworen worden sey, und der Beklagte muß beweisen, daß das, was er geschworen hat, die Wahrheit sey. (Dies heißt hier *liquido se iurasse*, wie *Franc.* DUARENUS Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 2. gezeigt hat; und die Worte *posita scilicet exceptione*, sind von der Replik des Klägers zu verstehen, und nach POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. V. not. c. pag. 353. so zu erklären: *reus tenebitur instaurare causam, oppositæ adversus exceptionem iurisiurandi, quam allegaret, hac replicatione: quia non me deferente iurasti.*) Oder der Beklagte klagt gegen den Procurator aus der Caution de rato, und dann müßte er doch den Proceß verlohren haben. Er müßte also des Meineides durch des Klägers Beweis überführt seyn. Wie kann er denn nun wegen seines Meineides Entschädigung fordern? Man sehe noch über diese Stelle VULTEIUS Disceptat. Scholast. Lib. I. c. 7. pag. 92 und DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XXIV. cap. 21. pag. 1321. in fin. et sq.

3) Vormünder und Curatoren können in Sachen ihrer Mündel und Pflegbefohlnen den Eid nur unter den Bedingungen deferiren, unter welchen ihnen erlaubt iſt, Sachen und Güter derſelben zu veräußern. Inſofern daher bey Veräuſſerungen eine gerichtliche Unterſuchung und obrigkeitliche Einwilligung erforderlich iſt, wird ſolche auch zur Eidesdelation erfordert [61]).

60) *Cap. 4. de procurat. in 6to.* Procurator *absque ſpeciali mandato iuramentum deferre*, tranſigere vel paciſci non poteſt, niſi ei bonorum vel *cauſae adminiſtratio libere ſit conceſſa.* S. BRUNNEMANN Comment. ad L. 18. D. h. t. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4515. not. a. pag. 955. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 320. Anderer Meinung iſt MALBLANC Doct. de iureiur. §. 42. pag. 118. Allein eine bloße Generalvollmacht iſt nicht hinreichend. *L. 60. D. de procurator.* S. BARCLAII Commentar. ad L. 3. D. h. t. bey OTTO Tom. III. pag. 926. und VOET Comm. h. t. §. 8.

61) *L. 17. §. 2. D. h. t.* Si *tutor*, qui tutelam gerit, aut *curator* furioſi prodigive, iusiurandum detulerit, ratum id haberi debet. Nam et alienare res, et ſolvi eis poteſt: et agendo rem in iudicium deducunt. HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 4515. not. a. Danz Grundſätze des ordentlichen Prozeſſes §. 368. BIENERI Syſt. proceſſ. iudiciar. Tom. I. §. 100. beſonders VOET in Comm. ad Pand. h. t. § 8. Jedoch kann der Vormund anders nicht, als in Ermangelung anderer Beweismittel, den Eid deferiren. Nur in dieſem Falle kann dem Pupillen die exceptio iurisiurandi entgegengeſetzt werden. *L. 35. pr. D. h. t.* Tutor pupilli, *omnibus probationibus aliis deficientibus*, iusiurandum deferens audiendus eſt: quandoque enim pupillo denegabitur actio. Das *quandoque* zeigt an, daß nicht in jedem Falle die vom Vormund geſchehene Eidesdelation gültig ſey. In den Baſiliken Tom. III. pag. 129. iſt dieſes deutlicher

Es fragt sich, ob auch ein Meineidiger, oder eine andere infamirte Person ihrem Gegner den Eid antragen dürfe? Viele [62]) läugnen dies aus dem Grunde, weil die Zurückschiebung des Eides bey solchen Personen wegfalle. Andere [63]) unterscheiden zwischen Meineidigen und infamirten Personen, und behaupten, daß zwar letztere, weil ihnen kein Gesetz entgegenstehe, nicht aber erstere einen Eid deferiren könnten. Denn sie könnten den Eid für Gefährde nicht schwören, welcher doch die Bedingung ausmacht, ohne welche der Deferent die Ableistung des zugeschobenen Eides von dem Acceptanten nicht verlangen kann, weil ein Meineidiger schlech-

licher bestimmt. Es heißt daselbst: Ο ἐπίτροπος ἐν ἀπορίᾳ πάσης ἀποδείξεως ὅρκον ἐπιφέρει· τότε γὰρ ἀποκλείει τῷ ἀνήκῳ. i. e. *Tutor, omni probatione deficiente, iusiurandum defert: tunc enim agenti pupillo actio denegatur.* Jedoch bleibt ihm immer noch das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand offen, wenn er eine dadurch erlittene Läsion erweisen kann. *L. 9. §. 4. D. h. t. L. 2. et 3. Cod. Si tutor vel curator interven.* S. *Guil.* BARCLAII Commentar. ad h. tit. Pand. L. 3. bey OTTO T. III. pag. 926.

62) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXIII. Th. 9. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 8. STRYK de cautel. iuramentor. P. II. Sect. I. cap. 3. nr. 212. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XVII. Th 35. FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XIX. Err 8. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. 25. Th. 5. not. 8. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 33. und *Henr.* BROKES Diss. de periuro iudiciale iuramentum non deferente. *Vitemb. 1737.*

63) MENCKEN Colleg. polem. iur. civ. Disp. IV. nr. 61. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. l. Tom. II. pag. 162.

ſchlechterdings nicht zum Eide gelaſſen werden ſolle [64]). Iſt
es von einem außergerichtlichen Eide die Rede, ſo hat
man gar keinen Zweifel, daß die von einem Meineidigen oder
einer infamirten Perſon geſchehene Eidesdelation nicht un-
gerichtshaft ſey [65]). Denn hier kommt alles auf die Uebereins
kunft der Partheyen an, auch fällt hier die Zurückſchiebung
weg [66]); folglich iſt hier aller Anſtand gehoben. Allein ſtreis
tiger iſt es, wenn die Rede von einem gerichtlichen Eide iſt.
Es läßt ſich jedoch die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten
[67]), welche behaupten, daß auch ein ſolcher Eid von ei-
nem Meineidigen oder einer andern infamirten Perſon de-

[64]) *Can. 14. Caus. XXII. Qu. 5.* Qui ſemel periuratus fue-
rit, nec teſtis ſit poſt haec, nec ad ſacramentum accedat, nec in
ſua cauſa vel alterius iurator exiſtat. (Aus dem *capitulari
Aquisgranenſi Caroli Magni an. 789.* entlehnt. S. BERARDI
canones Gratiani. P. I. Cap. 46. pag. 362.)

[65]) S. BROKES Diſſ. de periuro iudiciale iuramentum non defe-
rente. §. 12.

[66]) *L. 17. pr. D. h. t.*

[67]) *Hugo* DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XXIV. cap.
21. nr. 19. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. IV. Obſ.
151. nr. 489. et Tom. II. P. IX. Obſ. 224. LAUTERBACH
Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 63. PUFENDORF Obſervat. iuris
univ. Tom. IV. Obſ. 92. *Ge. Lud.* BOEHMER in Diſſ. de au-
ctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. §. 8. *Io.
Iac.* HEILBRONNER Diſſ. de iuſta iurisiurandi a periuro aut in-
fami facta delatione. *Altorfii 1742.* MALBLANC Doctr. de iu-
reiurando. §. 42. *Chriſt. Frid.* POHL Diſſ. de indole iurisiu-
randi in iudicio delati. §. 4. Ge. Jac. Fried. Meiſter
pract. Bemerkungen aus dem Crim. u. Civilrechte. 2. B. 2.
Bemerk. Nr. 6. S. 20. ff. Danz Grundſätze des ordentl.
Prozeſſes. §. 368. u. a. m.

ferirt werden könne, sowohl nach der Theorie als Praxis rechtfertigen. Denn es ist vor allen Dingen zu bemerken, daß das Recht den Eid zu deferiren nicht daraus beurtheilt werden könne, ob eine Zurückschiebung desselben Statt finde, oder nicht. Es ist daher ein ganz unrichtiger Schluß, wo der Eid nicht referirt werden kann, da kann er auch nicht deferirt werden [68]). Die Annehmung des zugeschobenen Eides beruhet in gesetzlicher Verbindlichkeit, so wie das Recht den Eid zu deferiren, auf der gesetzlichen Anordnung, nach welcher der Eid zu den Beweismitteln gerechnet wird [69]). Nun steht es zwar demjenigen, welchem ein Eid deferirt worden, allerdings frey, sich von der Verbindlichkeit, denselben zu schwören, dadurch zu befreyen, daß er den Eid dem Deferenten zurückschiebt. Allein dadurch, daß dieser Ausweg bedenklich ist, oder ganz wegfällt, wird die Verbindlichkeit zur Annahme des angetragenen Eides nicht aufgehoben, sondern es folgt daraus nur soviel, daß der zugeschobene Eid schlechterdings geschworen werden muß, wenn derjenige, welchem der Eid ist zugeschoben worden, nicht auf andere Art das Gegentheil erweisen kann. Eben so verhält es sich auch mit dem Eide für Gefährde. Zwar ist der Gegner denselben zu fordern allerdings befugt; es kann aber deswegen, weil dieser solchen sich leisten zu laßen für bedenklich hält, das Recht seines Gegners, den Eid zu deferiren, nicht wegfallen, zumahl da die gerichtliche Eides-

68) *L. 34. §. 8. D. h. t.* sagt; Non semper consonans esse, per omnia referri iusiurandum, quale defertur, cum ex diversitate rerum et personarum quaedam emergant, quae varietatem inducant.

69) *L. 25. §. 3. D. de probat. L. 12. pr. Cod. de reb. cred.*

Eidesdelation zu den Beweismitteln gezählet wird, und Niemandem, ohne offenbare Unbilligkeit zu begehen, ein Beweismittel entzogen werden kann, welches ihm vielleicht, bey dem gänzlichen Mangel an anderen, nur noch allein übrig ist.

II. Worüber kann der Eid zugeschoben werden? Die Eidesdelation findet in Ansehung aller der Privatwillkühr der Partheyen unterworffenen Sachen Statt, worüber es ihnen erlaubt ist zu transigiren [70]). Wenn Ulpian sagt *L.* 3. §. 1. *D. h. t.*

Quacunque actione quis conveniatur, si iuraverit, proficit ei iusiurandum: sive in personam, sive in rem, sive in factum, sive poenali actione vel quavis alia agatur, sive de interdicto;

so redet er zwar nur von dem außergerichtlichen Eide, welchen der Prätor durch eine Einrede schützt, wenn demselben zuwider, gegen denjenigen, der ihn geschworen hat, Klage erhoben wird, wie Georg Ludw. Böhmer [71]) gegen Wernher [72]) sehr gründlich gezeigt hat. Der Sinn ist also der, es mag Jemand belangt werden, mittelst welcher Klage er will, hat er einmahl geschworen, so kann er sich durch die ihm deshalb zustehende Einrede schützen, weil der Prätor wider denjenigen, welcher geschworen

70) MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 43. POHL Diss. de indole iurisiurandi in iudicio delati. §. 7. und Danz Grundsätze des ordentl. Prozesses §. 370.

71) Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum §. 11.

72) Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 505.

hat, keine Klage gestattet [73]). Allein auch der gerichtliche Eid ist durch die Erklärung der römischen Rechtsgelehrten, dem Geist des Edicts gemäß, auf alle Klagen ausgedehnt worden, deren Gegenstand so beschaffen ist, daß in Ansehung desselben ein Transact Statt findet, sie mögen aus erlaubten oder unerlaubten Handlungen entspringen. Daher sagt Ulpian, indem er das Edict des Prätors vom gerichtlichen Eide erklärt, *L.* 34. *D. h. t.* Jusiurandum et *ad pecunias creditas*, et *ad omnes res locum habet*, sc. quae *in obligatione* sunt; und führt zum Grunde an: Nec de iniuria queri adversarium posse, *cum possit iusiurandum referre.* Eben dies ist auch die Meinung des Paulus, wenn er *L.* 25. §. 3. *D. de probat.* sagt: *In omnibus visionibus* licentiam concedendam esse ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate iusiurandum inferre, prius ipso de calumnia iurante, ut iudex iuramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare. Und eben so gestatten nicht nur die Kaiser Diocletian und Maximian [74]) in allen bonae fidei iudiciis, sondern auch Kaiser Justinian [75]) den Gebrauch dieses Eides ohne allen Unterschied der Klagen, soweit keine rechtmäßige Ursache, denselben zu verwerfen, vorhanden ist. Es hat daher keinen Zweifel, daß auch bey Privatklagen aus einem Verbrechen, sofern dadurch die dem Kläger gebührende Genugthuung gefordert wird, die Eidesdelation Statt finde, wenn auch die Klage von der Art seyn sollte, daß sie der Ehre des Beklagten zum

73) *L.* 7. *L.* 9. *pr. D. h. t.*

74) *L.* 10. *Cod. de reb. cred. et iureiur.*

75) *L.* 11. *et* 12. *C. eodem.*

zum Nachtheil gereicht [76]). So kann z. B. über eine Injurie, über einen Schuld gegebenen Diebstahl, über eine Entwendung unter Ehegatten, (amotio rerum) über Umhauung der Bäume, und andere Verbrechen, soweit bloß auf Privatgenugthuung geklagt wird, der Eid deferirt werden, wie folgende Gesetzstellen beweisen.

L. 5. §. 8. *D. de iniur.* Hac lege permittitur actori iusiurandum deferre, *ut reus iuret, iniuriam se non feciſſe.*

L. 13. §. 2. *D. de iureiur.* Idem IULIANUS scribit, eum, qui iuravit, *furtum se non feciſſe*, videri de toto iurasse, atque ideo nec furti, nec condictitia tenetur, quia condictitia, inquit, solus fur tenetur. Nunquid ergo, qui iuravit, se furtum ne [77]) feciſſe, hoc solo nomine [78]), condictione si conveniatur, *exceptione*

76) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 10. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 93. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Spec. CXXXV. med. 9. Fried. von Bülow und Theod. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 2. Band. Erört. 52. und 3. B. Erört. 29. *Ge. Lud.* BOEHMER cit. Diss. §. 11. MALBLANC c. l. pag. 129. und *Ge. Frid.* DEINLIN Diss. de licita iurisiurandi iudicialis delatione super facto illicito. *Altorfii 1739.*

77) Haloander, Baudoza und mehrere Codd. Mspti, auch unser Erlanger Pandecten-Codex lesen hier statt *ne* besser *non*.

78) *Io. van de* WATER Observat. iur. Rom. Lib. II. cap. 10. pag. 167. hält die Worte: *hoc solo nomine* für corrupt, und liesst *hoc suo nomine*; das ist, wenn er selbst als Dieb belangt wird. Denn nur in dieser Hinsicht findet keine Klage weiter Statt.

ne utatur? Caeterum, si contendat, qui condicit, *quasi cum herede se furis agere*, non debet repelli, et quasi μονομερὴς condictio dari debet aduersus furis heredem [79]).

L. 6. §. 4. *D. de bis, qui not. infam.* Sed et si, iureiurando delato, iuraverit quis, *non deliquisse*, non erit

Statt. Diese Lesart bestätigen auch die *Basilica* Tom. III. pag. 122. Ὁμόσας μὴ κλεψαι, οὔτε τῇ περι κλοπῆς ἀγωγῇ, οὔτε τῷ ἀπαιτοῦντι τὸ κλοπιμαῖον λόγῳ ἐνέχεται ἰδίῳ ὀνόματι i. e. *Qui iuravit, se furtum non fecisse, neque furti, neque condictione furtiva suo nomine tenetur.*

79) Was hier das Wort μονομερὴς bedeute, zeigt CUJACIUS Observation. Lib. IV. cap. 32. Er erklärt die Stelle so: *Quod ex hac solum parte reo condicatur, qua furis heres est, non et ex illa, qua et fur est ipse, remque dolo malo contrectavit.* In den *Basilicis* Tom. III. pag. 122. heißt es: ὁ δὲ κληρονόμος τῆ κλέπτου ἐναγεται τῷ ἀπαιτοῦντι λόγω εἰς τὸ ἁπλοῦν. i. e. *heres autem furis condictione tenetur in simplum.* Man sehe auch *Iac.* CURTII Επιαξῶν. Lib. I. cap. 42. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom. Tom. V. pag. 132.*) und GEBAUER in Nota ad L. 13. §. 2. h. t. *Tom. I. Corp. iuris Goetting. pag. 221.*) In den Gothofredischen Ausgaben mit Noten und bey Bauduza steht bey μονομερὴς *id est, unimembris.* Aus allem erhellet also soviel, daß der Sinn der Worte der sey: Die condictio furtiva sey nach abgeschwornem Eide nur noch von der Seite begründet, wenn sie gegen den, welcher geschworen hat, daß er den Diebstahl nicht begangen habe, als Erben des Diebes angestellet wird. Denn daß die condictio furtiva auch gegen die Erben des Diebes Statt finde, lehrt *L. 7. §. 2. D. de cond. furt.* So erklärt diese Stelle auch POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XXXI. not. a. pag. 357.

erit notatus: nam quodammodo innocentiam ſuam iureiurando adprobavit.

L. 9. §. 2. *D. de iureiur.* Si damnetur quis poſt iusiurandum ex famoso iudicio, famoſum eſſe magis eſt.

L. 28. §. 6. *D. eodem.* Colonus, cum quo propter ſucciſas forte arbores agebatur ex locato, ſi iuraverit, ſe non ſuccidiſſe, ſive e Lege duodecim Tabularum de arboribus ſucciſis, ſive e Lege Aquilia damni iniuria, ſive Interdicto, quod vi aut clam poſtea convenietur, per *exceptionem iurisiurandi* defendi poterit.

L. 11. §. 1. *D. de actione rer. amotar.* Qui rerum amotarum inſtituit actionem, ſi velit magis iusiurandum deferre, cogitur adverſarius iurare, *nihil divortii cauſa amotum eſſe*, dum prius de calumnia iuret, qui iusiurandum defert.

Viele Rechtsgelehrte [80]) ſind zwar der Meinung, daß in ſolchen Klagen, worunter des beklagten Ehre leidet, die Eidesdelation entweder gar nicht, oder wenigſtens nicht anders zuläſſig ſey, als wenn der klagende Theil ſchon einigen Beweis vor ſich habe. Allein dieſe Meinung iſt ganz ungegründet, weil die angeführten Geſetze offenbar entgegen

80) LYNCKER Deciſ. P. I. Deciſ. 190. et P. II. Deciſ. 973. et 1127. CARPZOV Iurispr. for. P. I. Conſt. XII. Def. 31. und P. III. Conſt. 5. Def. 14. de CRAMER Obſervat. iur. univ. Tom. III. Obſ. 949. pag. 671. ſq. de CANNGIESSER Deciſ. Haſſo Caſſell. Tom. II. Deciſ. 301. nr. 2. und Weſtphals Rechtsgutachten 1. Th. h. t. §. 13. S. 76.

gen streiten, als welche auch in solchen Fällen das Recht den Eid zu deferiren derjenigen Parthey, welcher der Beweis obliegt, schlechthin ertheilen, und nur den Eid für Gefährde derselben abzufordern erlauben [81]). Daß auch in Schwängerungssachen die Eideszuschiebung zuläßig sey, leidet um so weniger einigen Zweifel, da es eines Theils für eine geschwächte Person hart seyn würde, wenn ihr in einer Sache, die ihrer Beschaffenheit nach gewöhnlich alle andere Beweise ausschließt, das einzige noch übrige Zufluchtsmittel des Eides versagt seyn sollte, andern Theils aber es hier zugleich auf die Rechte des Kindes ankommt, welche Rücksicht einen jeden andern Gesichtspunct billig überwiegen muß [82]). Dahingegen findet die Eidesdelation

1) in peinlichen Sachen nicht statt, sofern die Erkennung der Strafe davon abhängt. Denn so wenig die Ablehnung des Eides hier einen solchen Beweis wider den Angeschuldigten bewirken kann, der zur Erkennung einer peinlichen Strafe genügt, weil hierzu ein Beweis durch unverwerfliche Zeugen, oder klare Urkunden, oder solche Anzeigen erfordert wird, die gar keinen Zweifel übrig lassen

81) Man vergleiche hier vorzüglich Georg Jac. Fried. Meisters pract. Bemerkungen aus den Criminal- und Civilrechte 2. Band 2. Bemerk. S. 17. ff. und der Gebr. Overbek Meditationen über versch. Rechtsmaterien. 7. B. Medit. 365.

82) Meister a. a. O. S. 18. ff. WERNHER select. Observ. for. Tom. I. P. III. Obs. 216. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. DLXXXIII. medit. 16. MALBLANC Doct. de iureiur. §. 45. S. 141. Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. 1. Th. §. 485. und Gebr. Overbek Meditationen 10. Band Medit. 538.

lassen [83]); eben so wenig kann auch durch die Annahme deßelben in peinlichen Fällen die Wahrheit füglich ausgemittelt werden, weil sich hier nicht voraussetzen läßt, daß der Richter in dem Zutrauen auf die Moralität des Schwörenden nicht werde getäuscht werden, vielmehr das Gegentheil mit Grund zu besorgen ist [84]). Es kann ferner der Eid

2) auch nicht über Urtheile aus Thatsachen zugeschoben werden, welche ihrer Natur nach, wenn sie auch der eine streitende Theil für wahr halten sollte, den Richter noch nicht Wahrheit erkennen laßen [85]). Aus diesem Grunde kann zum Beweis eines Gewohnheitsrechts der Eid nicht deferirt werden, obwohl über einzelne Handlungen, und deren Umstände, die zur Begründung einer behaupteten Gewohnheit angeführt worden sind, sofern der Gegner davon Wissenschaft haben muß, die Eidesdelation nicht für unzuläßig zu halten ist [86]). Desgleichen kann

3) über solche Thatsachen kein Eid deferirt werden, deren Wahrheit anders nicht, als durch eine Besichtigung, ausgemittelt werden kann, z. B. über eheliches Unvermögen [87]). Auch nicht

4)

83) *L. fin. Cod. de probat.*

84) MALBLANC de iureiur. §. 45. pag. 139.

85) Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 92.

86) MALBLANC de iureiur. §. 44. pag. 134. Grolman in der angef. Theorie §. 92. Martin im Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 213. Not. n. S. 295. der 2. Auflage. Anderer Meinung ist THIBAUT im Syst. des P. R. I. Th. §. 20. a. E.

87) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CCCXV. medit. 7. und Danz Grds. der summarischen Prozesse §. 139. der Gönnerschen Ausgabe.

4) über fremde Handlungen, von welchen derjenige, dem der Eid zugeschoben wird, nichts mit Gewißheit wissen konnte. Nicht einmahl zur freywilligen Annahme und Ableistung desselben ist er zuzulassen, geschweige denn daß er auf einen solchen Eid sich einzulassen, gezwungen werden könnte [88]); es wäre denn, daß der Gegentheil von dem bloßen Glauben dessen, welchem der Eid deferirt worden, sein Recht abhängig machen wolle [89]); außerdem kann nur das iuramentum ignorantiae zugeschoben werden [90]). Viele wollen endlich

5) auch Ehesachen hierher rechnen. Hier soll keine Eideszuschiebung Statt finden, sofern sie die Trennung der Ehe zum Zwek hat [91]). Man gründet diese Meinung darauf, daß nach Vorschrift das *cap. fin. X. de transact.* kein Vergleich in Ehesachen zum Zweck der Ehetrennung gelten solle; die Eidesdelation aber als eine Art von Transact angesehen werde. Andere haben diese [92]) Meinung näher dahin zu bestimmen gesucht, daß in Ehe-

scheis

88) L. 11. §. 2. D. de act. rer. amotar. L. 42. D. de Reg. iur. MALBLANC de iureiur. §. 44.

89) Grolmans Theorie a. a. O. S. 171.

90) Günth. Heinrich von Berg juriſt. Beobachtungen. 2. Th. No. XII. S. 17.

91) CARPZOV. jurisprud. for. P. I. Const. 12 Def. 30. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 73. *God.* BARTH Diss. de iuramento iudiciali contra matrimonium non admittendo *Lipsiae 1712.* Dan's Grundsätze des ord. Prozesses §. 370. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4516. Grolman Theorie d. gerichtl. Verfahrens. §. 91.

92) Just. Henn. BOEHMER in iure eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 67. und de BERGER Elect. proceff. matrimon. Th. 30.

ſcheidungsſachen zwar der klagende Theil dem Beklagten den Eid zuſchieben könne, weil dieſer, wenn er den Eid annimmt, für die Ehe ſchwört; hingegen der beklagte Theil dem Kläger den Eid nicht zurückſchieben dürfe, weil dieſer wider die Ehe ſchwören würde. Allein ſchon Ludovici [93]) hat dagegen ſehr gründlich bemerkt, daß die angeführte Vorſchrift des Canoniſchen Rechts auf dem Lehrſatz beruhe, daß die Ehe ein Sacrament, und daher das Band derſelben unauflöslich ſey. Da nun die Evangeliſchen, bey denen doch nur eigentlich dieſe Frage vorkommen kann, jenen Satz verwerffen, und daher auch in Eheſachen einen Vergleich ſogar zum Zweck der Trennung der Ehe für gültig erkennen, wenn er nur mit Genehmigung der geiſtlichen Obrigkeit in einem ſolchen Falle geſchloſſen wird, in welchem überhaupt eine Eheſcheidung zuläſſig iſt [94]); ſo iſt unbegreiflich, wie man dennoch aus dem Canoniſchen Recht einen ſo unrichtigen Schluß hat herleiten mögen. Noch mehr aber iſt zu verwundern, wenn man ehemalen ſogar auch in Verlobungsſachen die Zuläſſigkeit des Eides in Zweifel gezogen hat, ſofern er gegen die Vollziehung des Eheverſprechens gerichtet war [95]). Doch dieſer letztere Irrthum iſt nun ſchon längſt widerlegt, und auch aus

93) Einleitung zum Conſiſtorialproceß. Kap. 15. §. 4. u. 5.

94) S. den 5. Th. dieſes Commentars §. 353. S. 50.

95) CARPZOV Iurisprud. Conſiſtor. Lib. III. Def. 44. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 20.

96) *Iuſt. Henn.* BOEHMER Iur. eccles. Prot. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 61—66. BRUNNEMANN Comm. ad Pand. h. t. ad L. 9. nr. 25. et 26. Gundlings rechtliche Ausarbeitungen. 1. Th. S. 172. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 30

aus der Praxis verbannt worden [96]). Allein wenn gleich schon mehrere der ältern Rechtsgelehrten [97]) auch eben so lebhaft von jenem irrigen Satz überzeugt waren, daß zur Begründung einer Ehetrennung kein zugeschobener Eid geschworen werden könne, so klagen sie dennoch die Tyranney der Praxis an, welche, aller Gründe ungeachtet, den Irrthum in Schutz genommen habe, und bis auf den heutigen Tag hartnäckig vertheidige. Mehrere heutige Juristen-Facultäten [98]) haben indessen eingedenkt des Ausspruchs eines Celsus [99]): Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est; in aliis similibus non obtinet, jenen Irrthum zu verlassen angefangen, und für die Zulässigkeit der Eidesdelation in Ehescheidungssachen zur Begründung der Ehetrennung gesprochen. Diese Meinung verdient auch um so mehr allen Beyfall, da sich kein vernünftiger Grund absehen läßt, warum nicht über diejenigen Thatsachen, welche eine rechtmäßige Ursache zur Ehescheidung begründen können, der Eid

WERNHER Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 216. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. II. Obs. 323.

97) So sagt z. B. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 59. *Principium est constanti usu fori receptum, quod omnis delatio iuramenti, quae contra matrimonium, seu ad illud dissolvendum facit, sit probibita. Quod, quamvis non contemnenda sint ea iuris momenta, quibus hoc principium impugnari solet, tam altas in foro radices egit, ut ex animis Practicorum nullo modo evelli posse, atque legis vim induisse videatur.*

98) Man sehe hier vorzüglich Georg Jac. Fried. Meisters praktische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte 2. Band. 1. Bemerk.

99) *L. 39. D. de Legib.*

Eid so gut, wie in andern Streitsachen, zur Ausmittelung der Wahrheit gebraucht werden dürfte; im Gegentheil die Beschaffenheit der die Auflösung des ehelichen Bandes bewirkenden Handlungen, als welche gewöhnlich im Verborgenen geschehen, die Zuflucht zu dem Hülfsmittel des Eides besonders nothwendig macht. Wie unbillig würde es nicht seyn, solchen Personen, welche durch Ehebruch, oder tödliche Nachstellungen ihres Ehegatten beleidiget, ja in Lebensgefahr gesetzt worden sind, aber keinen andern Beweis darüber, als den Eid, haben, dieses Beweismittel zu versagen, und sie auf solche Art zur Fortsetzung einer unglücklichen, ihnen zur Marter und dem Staat zum Nachtheil gereichenden Verbindung zu nöthigen? Mit Recht haben sich daher die meisten neuern Rechtsgelehrten [100]) für diese Meinung erklärt. [1])

100) Man sehe MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 46. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 20. not. r. Tom. II. pag. 154. Meister a. a. O. Martin's Lehrbuch des bürgerlichen Processes §. 213. not. l. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1163. BIENER Systema. proceſſ. iudiciar. Tom. I. §. 114. Obſ. 1. pag. 237. MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſerum* Tom. II. Faſc. I. Obſ. 306. Ausserdem stimmen noch hierin überein LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXXV. medit. 8. WERNHER ſelect. Obſervat. for. Tom. I. P. III. Obſ. 216. *Abr.* KAESTNER in Progr. iuramentum in cauſis matrimonialibus recte etiam negative deferri. *Lipſiae 1727. Casp. Matth.* MÜLLER in Diſſ. de iuramenti delatione contra matrimonium. Mehlen Anleitung zum gerichtl. Prozeß 1 Th. §. 312. u. besonders *Car. Frid.* WINCKLER in Diſſ. de favore cauſarum matrimonialium nimio e foris proſcribendo. *Goett. 1775.* §. 7. 8. et 9.

1) In der allgemeinen Gerichtsordnung für die preuß. Staaten 1. Th. 10. Tit. §. 256. wird auch in Ehesachen

III. Wem kann ein Eid zugeschoben werden? Der Eid kann nur dem Gegner zugeschoben werden, den der Rechtsstreit hauptsächlich angeht. Denn nur wider diesen führt man den Beweis im Proceß, und nur mit ihm kann man sich vergleichen [2]). Die Verhältnisse und Verbindungen, in welchen die streitenden Theile unter sich stehen, machen keinen Unterschied. Daher können Kinder ihren Eltern, und Eltern den Kindern, Dienstboten ihrer Herrschaft, und Unterthanen ihren Landesherrn, wenn unter ihnen Processe entstehen, den Eid zuschieben [3]). Auch kommt es darauf nicht an, ob der Delat eine physische oder moralische Person [4]) ist. In Absicht auf die persönliche Fähigkeit des Delaten ist jedoch ein Unterschied zu machen, ob der Eid gerichtlich oder ausser Gericht angetragen wird. Im letztern Falle kommt die persönliche Fähigkeit desjenigen, dem der Eid ist zugeschoben worden, in keine Betrachtung, sondern alles beruhet hier auf der Uebereinkunft der Partheyen. In Beziehung auf diese Art der Eidesdelation sagt daher Paulus *L.* 26. *pr.*

sachen die Eideszuschiebung ohne Unterschied gestattet, der Eidesantrag mag die Fortsetzung, oder die Trennung der Ehe bewirken sollen.

2) Westphals Rechtsgutachten 1 Th. h. t. §. 11. S. 76. Danz Grundsätze des ordentl. Prozesses §. 369. und Martins Lehrbuch des bürgerlichen Processes §. 213.

3) *L.* 14. *et L.* 15. *D. h. t.* CARPZOV Resp. iur. Lib. III. Tit. 8. Resp. 42. nr. 6. MEIER Colleg. iur. argentorat. h. t. Th. 10. SCHNEIDER vom rechtl. Beweise §. 338. besonders Joh. Lud. Schmidt in seinen hinterlassenen Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien 2. Bd. Nr. 32.

4) Man sehe oben §. 795. Nr. 6. S. 221. ff.

pr. D. h. t. [5]) Qui iuraſſe dicitur, nihil refert, *cuius ſexus aetatisve ſit:* omni enim modo cuſtodiri debet iusiurandum adverſus eum, qui contentus eo, cum deferret, fuit. Daher kann ein außergerichtlicher Eid nicht nur einem Unmündigen, ſondern auch einer infamirten, oder meineidigen Perſon gültig deferirt, und von derſelben abgeleiſtet werden [6]). Mit einem gerichtlich deferirten Eide hingegen verhält ſich die Sache anders. Denn da dieſer zum Zweck eines dem Richter zu führenden Beweiſes dem Gegner zugeſchoben wird, ſo tritt hier richterliches Ermeſſen ein, ob und in wiefern hier der Delat zu dieſem Zweck für fähig zu halten ſey, oder nicht. Ein ſolcher Eid kann daher keinem Meineidigen zugeſchoben werden, weil hier der Richter nicht wohl vorausſetzen kann, daß er in dem Zutrauen auf die Moralität des Schwörenden nicht werde getäuſcht werden, da ſich derſelbe durch einen bereits begangenen Meineid dieſes Zutrauens verluſtig gemacht hat [7]). Eben ſo wenig kann auch einem Unmündigen ein Eid im Proceß mit der Wirkung zugeſchoben werden, daß er

5) Denn die *L. 26. h. t.* iſt aus PAULI *libro 18. ad Edictum* genommen, worin dieſer römiſche Juriſt vorzüglich über das Edict des Prätors de iureiurando voluntario extra iudicium delato commentirt hat, wie *Ge. Lud.* BOEHMER in Diſſ. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum §. 9. ſehr gründlich bemerkt. Man ſieht dies auch vorzüglich daraus, weil Paulus gleich nachher von der *exceptio iurisiurandi* redet.

6) S. BOEHMER c. l. in Elect. iur. civ. Tom. II. pag. 661. und MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 42. pag. 120.

7) S. MALBLANC de iureiur. §. 42. pag. 125. ſq. anderer Meinung ſind LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. 136. med. 6. und SCHNEIDER in der vollſt. Lehre vom rechtl. Beweiſe. §. 365.

denſelben zu ſchwören für ſchuldig erkannt werden könnte. Dies iſt es, was Ulpian ſagt *L.* 34. §. 2. *D. h. t.* Pupillo non defertur iusiurandum; wie ſchon an einem andern Orte [8]) bemerkt worden iſt. Denn daß Ulpian hier vom gerichtlichen Eide redet [9]), lehrt der ganze Zuſammenhang, beſonders überzeugen uns hievon die gleich nachher folgenden Worte, wo er ſagt: Procurator *non compellitur* iurare, nec defensor, et ita IULIANUS ſcribit libro 10. Digeſtorum, defensorem *iurare non compelli.* Dann heißt es: qui iusiurandum defert, *prior de calumnia debet iurare.* Nun findet der Eid für Gefährde nur bey einer gerichtlichen Eidesdelation Statt. Wenn endlich Ulpian im §. 6. der *L.* 34. die Worte des Edicts ſelbſt anführt: *Eum, a quo iusiurandum petetur, ſolvere aut iurare cogam*; ſo iſt vollends keinem weitern Zweifel unterworfen, daß hier blos von dem gerichtlichen Eide die Rede ſey. Wird daher einem Unmündigen in einem gerichtlichen Rechtsſtreite ein Eid deferirt, ſo iſt die Ableiſtung deſſelben, wofern kein anderes Auskunftsmittel Platz greift, aufzuſchieben bis zur erlangten Eidesmündigkeit [10]). Nach der Praxis iſt dieſes auſſer Zweifel [11]), und dem Geiſt des römiſchen Rechts iſt ein ſol-

8) S. den erſten Abſchnitt dieſes 12. Theils §. 793. S. 206.

9) Eben dies bemerkt auch *Ge. Lud.* BOEHMER cit. Diſſ. §. 9. pag. 11. in *Elect. iuris civ.* Tom. II. pag. 662.

10) S. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 42. pag. 126. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4515. not. e.

11) WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. IV. Obſ. 151. nr. 498. et 597. MEVIUS Deciſ. P. VII. Deciſ. 385. WALCH Diſſ. de iurantis legitima aetate. §. 7.

solcher Aufschub auch nicht entgegen [12]). Wenn mehreren Streitgenossen der Eid deferirt wird, welche keine Gemeinheit ausmachen, so kommt es darauf an, ob ihr Interesse theilbar, oder untheilbar ist. Im ersten Falle müssen die Interessenten sämmtlich den Eid ableisten, sie sind auch wegen ihres getheilten Interesse zu einer einförmigen Erklärungsart über den ihnen angetragenen Eid nicht verbunden, sondern es können einige den Eid annehmen, ohne daß deswegen die übrigen gehindert sind, den deferirten Eid zurückzuschieben [13]). In dem andern Falle hingegen müssen sich alle Consorten, deren Interesse untheilbar ist, zu einer einförmigen Erklärungsart vereinigen, doch hängt es hier von der Wahl und Bestimmung des Deferenten ab, ob er den Eid nur von einem oder von etlichen Theilnehmern im Namen der übrigen verlangen will, um eine zwecklose Vervielfältigung der Eide zu verhüten [14]). Einem Dritten, der an dem Rechtsstreit keinem Antheil hat, kann hingegen der Eides-Antrag nicht geschehen [15]), sondern dieser muß von dem Beweisführer zum

12) *L. 34. pr. D. h. t.* S. BOEHMER Diss. cit. de auctoritate iudicis circa iusiur. in iudicio delat. §. 9. in fine.

13) S. Martin von der rechtlichen Natur der Streitgenossenschaft. §. 10. (in dem Magazin für den gemeinen teutschen bürgerlichen Proceß. 1. Bandes 2. Heft. S. 233. ff.

14) S. Danz Grds. des ord. Processes §. 369. von Bülow und Hagemanns prakt. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 3. Band. Nr. 21. Not. e. S. 141. und 5. B. S. 280. und Westphals Rechtsgutachten 1. B. h. t. §. 11. S. 76.

15) *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. cit. §. 10.

Zeugen ernannt, und mit dem Zeugeneide belegt werden [16]). Man nimmt indessen den Fall aus, wenn der Dritte, ob er wohl nicht persönlich in dem Proceß als Gegenparthey erscheint, doch juristisch als eine Person mit der Gegenparthey betrachtet werden muß [17]). Daher kann der Schuldner, wenn er mit dem Cessionar im Streit befangen ist, noch immer dem Cedenten den Eid antragen, dem Cessionar aber nur dann, wenn er ebenfalls über Gewißheit schwören kann [18]). Wenn Personen Namens Andrer vor Gericht streiten, so kommt es darauf an, ob der Eid ihre eigene Handlungen betrift, oder fremde. Im ersten Falle müssen sie sich auf den Antrag einlassen, in dem letztern Falle hingegen steht die Annahme nur in ihrer Willkühr, vorausgesetzt, daß sie, sofern der Eid auf ihr Wissen gestellet wird, von den fremden Handlungen etwas wissen können [19]), es sey denn, daß der Gegentheil von dem bloßen Glauben derselben sein Recht abhängig machen wolle [20]). Hiernach sind nun die Fragen zu entscheiden, ob und in wiefern den Vormündern und Curatoren in Sachen ihrer Mündel und Pflegbefohlnen, ferner den Sachwaltern

16) S. Westphals Rechtsgutachten 2. Band. Nr. 131. S. 227. Nr. 6. u. 7.

17) S. Westphal a. a. O. S. 227. und Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 91. Not. a. S. 167.

18) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCI. medit. 5. WERNHER Observat. for. Tom. I. Part. I. Obs. 338. Danz Grds. des ord. Processes §. 369. und besonders MÜLLER ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. II. Obs. 419.

19) THIBAUT System des P. R. 3. B. §. 1163.

20) Grolman's Theorie §. 92. S. 171.

tern und andern Verwesern fremder Geschäfte in Sachen ihrer Principale der Eid zugeschoben werden könne [21])? Folgende Gesetzstellen verdienen hier bemerkt zu werden.

L. 5. Cod. de rebus cred. et iureiur. Cum etiam a pupillorum tutoribus, velut ab ipsis pupillis, relicta fideicommissa videantur, super fideicommissis praeses provinciae cognoscet: et si id tibi relictum esse constiterit, reddi tibi efficiet. Idem si inficietur, ad iusiurandum, ut desideras, tutorem adiget.

Es ist hier von einem solchen Falle die Rede, wo Jemand sein unmündiges Kind zum Erben eingesetzt, und dem ihm bestellten Vormund mündlich die Auszahlung eines Fideicommisses auferlegt hatte. Ein solches Vermächtniß ist eben so gültig, als ob es dem Erben selbst wäre auferlegt worden [22]), weil der Vormund des Pupillen Person vorstellt. Wird also dem Vormund der Eid

21) S. LEYSER Medit. ad Pand. Specim. CXXXVI. medit. 1—5. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 181. WERNHER Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 431. KIND Quaest. for. Tom. III. cap. 54. BIENER Syst. proceff. iudiciar. Tom. I. §. 101. und von Berg Juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle. 2. Th. Nr. XII.

22) *L. 69. §. 2. D. de legat. II.* Mater, filio impubere herede instituto, tutorem eidem adscripsit, eiusque fidei commisit, *ut, si filius suus intra quatuordecim annos decessisset, restituaret heredem Sempronio*: non ideo minus fideicommissum recte datum intelligi debet, quia tutorem dare mater non potuit. Nam et si pater, non iure facto testamento, tutoris fidei commiserit, aeque praestabitur, quemadmodum si iure testamentum factum fuisset: sufficit enim, ut ab impubere datum fideicommissum videatur

hierüber deferirt, ſo ſchwört er über ſeine eigene Handlung. Er muß ſich alſo im Leugnungsfalle auf den Eidesantrag einlaſſen. Dies iſt der eigentliche Fall des Geſetzes, wie es auch Janus a Coſta [23]) erklärt hat, und inſonderheit die Baſiliken [24]) beſtätken, in welchen daſſelbe auf folgende Art paraphraſirt iſt:

Τελευτῶν τις ἐγραψε τὸν ἑαυτῦ παῖδα ἀνηβον ὄντα κληρονόμον, δεδωκώς αὐτῷ ἐπίτροπον· καὶ ἐκ τῦ ἐπιτρόπου κατέλιπε ληγάτον· ὁ ληγαταῖος προσηλθεν αὐτῶν τὸν ἐπίτροπον καταβαλεῖν αὐτῷ το ληγάτον, καὶ ἠρήσατο ὁ ἐπίτροπος, καὶ ἀντιγράψει πρὸς αὐτὸν ὁ βασιλεὺς ὄυτως· ὅτι ἐκ τῦ ἐπιτρόπου καταλειφθῆναι τὸ ληγάτον ἀμφιβάλλεται, εἰ μὲν ὁμολογεῖται, καταβάλλεται· εἰ δὲ ἀρνεῖται ὁ ἐπίτροπος, ἀναγκάξεται ὀμόσαι περὶ τύτου. i. e. *Quidam decedens filium ſuum adhuc impuberem heredem inſtituit, dato ei tuore: et a tutore legatum reliquit. Legatarius tutorem adiit, petiitque, ut legatum ſibi relictum praeſtaret: qui legatum a ſe relictum inficiatus eſt. Imperator igitur in hanc ſententiam ei reſcribit. Quoniam ambigitur, an legatum a tutore relictum ſit, ſiquidem relictum eſſe conſtet, praeſtandum eſt: ſi vero tutor inficietur, de eo iurare compellitur.*

L. 4. pr. D. de in litem tur. Videamus in tutelari cauſa quis iurare et adverſus quem poſſit? Et quidem ipſe

deatur ab eo dari, quem is, qui dabat, tutorem dederat, vel etiam tutorem fore arbitrabatur. Idem in curatore minoris debet probari. — *L. 20. Cod. de Fideicomm.* Etiam a pupillorum tutoribus, velut ab ipſis relicta fideicommiſſa, debentur.

23) *Ad L. 5. C. de reb. cred.* in Praelection. ad illuſtriores quosdam Titulos, locaque ſelecta iuris civ. pag. 163.

24) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. Conſt. 47. pag. 131.

ipſe pupillus, ſi impubes eſt, non poteſt: hoc enim ſaepiſſime reſcriptum eſt. *Sed nec tutorem cogendum, DD. Fratres reſcripſerunt: grave enim videbatur, et ignorantes et invitos tutores, ſub alieni compendii emolumento, etiam periurium anceps ſubire.*

L. 34. §. 3. *D. b. t.* Procurator *non compellitur* iurare, nec defenſor, et ita IULIANUS ſcribit *libro* 10. *Digeſtorum*, defenſorem iurare non compelli.

IV. Wie muß der Eid deferirt werden?

1) Das Factum, worüber der Eid zugeſchoben wird, muß nach allen Umſtänden, wovon die Wahrheit deſſelben abhängt, genau beſtimmt ſeyn. Vor Gericht darf daher kein Eid in ſolle deferirt werden [25]). Wenn alſo z. B. der Eid wegen eines begangenen Betrugs deferirt wird, ſo darf dies nicht im Allgemeinen auf eine ſolche Art geſchehen, daß der Gegner ſchwören ſoll, den Deferenten nicht betrogen zu haben, ſondern der Eidesantrag muß auf ſolche Thatſachen gerichtet werden, woraus ſich ein Dolus ergiebt [26]). Jedoch gilt dieſer Satz nur von gerichtlichen Eiden. Denn wird ein Eid auſſergerichtlich deferirt, ſo kann der Antrag auch im Allgemeinen geſchehen, wenn ihn der Gegner in dieſer Form annimmt, weil ein ſolcher Eid lediglich von der Uebereinkunft der Partheyen abhängt [27]).

Daher

25) *Ge. Lud.* BOEHMER Diſſ. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. §. 12.

26) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCLXXV. medit. 35. et 36. und von Berg juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle. 1. Th. Nr. 29.

27) *L. 9. §. ult. D. b. t. L. 11. pr. D. eodem.*

Daher kann z. B. der Besitzer einer Sache demjenigen, welcher behauptet, daß die Sache sein Eigenthum sey, den Eid geradezu darüber deferiren, wenn gleich der Delat keine weiteren Gründe seines Anspruchs angeführt hat; und schwört dieser den Eid, so begründet derselbe die Publicianische Klage gegen den Deferenten. Wird hingegen der Eid dem Besitzer angetragen, und dieser schwört, daß die Sache dem Deferenten nicht gehöre, so giebt ihm der Eid eine Einrede, womit er sich gegen den Deferenten schützen kann, wenn dieser dennoch die Sache nachher gerichtlich als die seinige in Anspruch nimmt [28]).

2) Der Eid darf keinem Dritten, der an dem Prozeß keinen Antheil nimmt, zum Nachtheil gereichen. Daher kann weder einem concursmäßigen Schuldner der Eid zum Nachtheil seiner Gläubiger deferirt, noch von diesem der Eid zum Nachtheil seiner Gläubiger angetragen werden [29]); und der Eid, den der Kläger oder der Beklagte geschworen hat, giebt zwar diesem ein Recht, allein einem Dritten kann dieser Eid an der Verfolgung seines Rechts nicht hindern [30]).

§. 800.

28) *L. 7. §. 7. D. de public. in rem act.* Man sehe des 8. Theils 1ste Abtheilung. §. 585. S. 189.

29) *L. 9. §. 5. D. h. t.* Sed et si quis in fraudem creditorum iusiurandum detulerit debitori, adversus exceptionem iurisiurandi replicatio fraudis creditoribus debet dari. Praeterea si fraudator detulerit iusiurandum creditori, ut iuret, sibi decem dari oportere, mox bonis eius venditis experiri volet, aut denegari debet actio, aut exceptio opponitur fraudatorum creditorum.

30) *L. 9. §. 7. D. eodem.*

§. 800.

Die gerichtliche Eidesdelation als Beweismittel betrachtet.

So ſehr man auch ehemals darüber ſtritte, ob die Eidesdelation zu den Beweismitteln zu rechnen ſey, oder nicht; ſo iſt doch jetzt die bejahende Meinung unſtreitig die herrſchende, inſofern nämlich von dem gerichtlichen Eide die Rede iſt. Juſt. Henning Böhmer [31]) hat dieſes auſſer allen Zweifel geſetzt. Nur darüber iſt man noch nicht einverſtanden, ob die Eidesdelation blos ein ſubſidiariſches Beweismittel ſey, oder nicht vielmehr ein ſolches, deſſen ſich diejenige Parthey, welcher die Beweislaſt obliegt, auch dann bedienen könne, wenn ihr auch die Beweisführung auf andre Art möglich wäre? Leyſer [32]) und Cocceji [33]) behaupten das erſtere. Allein das letztere, welches die meiſten [34]) annehmen, iſt ohne Zweifel den Geſetzen gemäßer. Denn dieſe überlaſſen es ganz der Willkühr des Beweisführers, ob er ſich der Eidesdelation, oder eines andern Beweismittels bedienen wolle [35]), und neh-

31) Diſſ. de probatione per delationem iuramenti. *Halae 1743.*

32) Meditat. ad Pand. Tom. II. Specim. CXXXVII. meditat. 5.

33) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 25. in fin.

34) *Io. Chriſt.* KOCH Diſſ. de eo, quod iuſtum eſt circa delationem iuramenti litis deciſorii. §. 13. *Franc.* KROHN Diſſ. Selecta capita proceſſualia de probationibus et reprobationib. exhib. (*Erlangae 1782.*) Cap. I. EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. Qu. 25. not. X. Tom. II. pag. 157. Danz Grdſ. des ordentl. Proceſſes §. 241. und 367. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. Th. §. 1163. a. E. u. a. m.

35) *L. 25. §. 3. D. de probat. L. 34. §. 6. D. h. t. L. 32. Cod. de fideicomm. L. 9. 11. et 12. Cod. de reb. credit. et iure-*

iur

nehmen nur einige wenige Fälle aus, wo die Eidesdelation bloß in Ermangelung anderer Beweismittel Statt haben soll, nämlich wenn Vormünder in Sachen ihrer Mündel den Eid deferiren [36]), oder der Eid als Gegenbeweismittel wider eine öffentliche Urkunde gebraucht werden soll [37]). Es fragt sich aber, ob nicht derjenige, welcher sich der Eidesdelation bedienen will, seine Behauptung wenigstens schon einigermaßen wahrscheinlich gemacht haben müsse? Mehrere Rechtsgelehrten [38]) wollen dieses wirklich behaupten. Allein, wofern nicht etwa die Proceßordnung eines Landes [39]) dieses zur Bedingung gemacht hat,

iur. Man sehe auch die preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 10. Tit. §. 253.

36) *L. 35. pr. D. h. t.* VOET *h. t. §. 12.*

37) *L. 22. §. 10. Cod. de iure delib.* Licentia danda sit creditoribus seu legatariis vel fideicommissariis, si maiorem putaverint esse substantiam a defuncto relictam, quam heres in inventario scripsit, quibus voluerit legitimis modis, quod superfluum est, approbare vel per tormenta forsitan servorum hereditariorum, — *vel per sacramentum illius, si aliae probationes defecerint.* S. MALBLANC Doct. de iureiur. §. 48.

38) COTHMANN Vol. II. Resp. 82. MASCARDUS de probation. Vol. II. Concl. 958. nr. 7. MEVIUS P. VI. Decis. 405. et P. IX. Decis. 78. FABER Cod. Sabaud. Lib. IV. Tit. 1. Def. 23. de CRAMER Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 956. und besonders *Franc.* ALEF in Diss. de viribus iuramenti reo sine ullo praesumtionis adminiculo ab actore delati. *Heidelbergae 1757.* Cap. 2.

39) Wie z. B. die Bremische Hofgerichtsordnung vom Jahr 1675. P. II. Tit. 18. §. 1. S. PUFENDORF Tom. II. Obs. 151. ferner die Frankfurter Reformation P. I. Tit.

hat, so läßt sich mit Grund behaupten, daß die Eidesdelation Statt finde, wenn gleich derjenige, welcher sich derselben bedienen will, nicht einmal eine Vermuthung für sich haben sollte [40]). Denn die Gesetze des gemeinen Rechts haben auch hierin der Willkühr des Beweisführers im Gebrauche der Eidesdelation auf keine Weise Schranken gesetzt [41]), sondern ertheilen ihm vielmehr das Recht, den Eid zu deferiren, schlechthin, und verpflichten ihn bloß zur Ableistung des Eides für Gefährde, wenn ihn die Gegenparthey verlangt [42]). Ja es besteht eben darin der Hauptnutzen der Eideszuschiebung, daß man bey Ermangelung aller andern Beweismittel dazu seine Zuflucht nehmen kann [43]). Daher kann der Eid sogar dann zugeschoben werden, wenn auch die Behauptung des Deferenten an sich

Tit. 39. §. 13. et 14. S. KOCH Diss. de eo, quod iustum est circa delationem iuramenti litis decisorii Cap. II. §. 14.

40) Dieß behaupten mit Recht VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 12. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 24. VINNIUS Select. iur. Quaest. Lib. I. cap. 42. a PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 151. LEYSER Specim. CXXXV. medit. 5. *Ge. Lud.* BOEHMER in Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. §. 14. KOCH Diss. de eo, quod iustum est circa delationem iuramenti litis decisorii. Cap. II. §. 12. et 13. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 52. Danz Grundsätze des ordentl. Processes. §. 241. und Meister in den prakt. Bemerkungen aus dem Crim. und Civil-Rechte 2. Bd. Bem. 2. S. 19.

41) *L. 34. §. 6. D. h. t.* wo der Prätor sagt: *Eum, a quo petetur iusiurandum, aut iurare, aut solvere cogam.* Dies wiederholen nochmals die Kr. Diocletian und Maximian in der *L. 9. C. de reb. cred.*

42) *L. 25. §. 3. D. de probat.*

ſich unwahrſcheinlich wäre, weil dasjenige, was auch an ſich unwahrſcheinlich iſt, dennoch wahr ſeyn kann [44]). Diejenigen, welche das Gegentheil behaupten, vermiſchen offenbar den freywilligen Eid mit dem nothwendigen. Man ſieht dies deutlich aus den Beweisſtellen, wodurch ſie ihre Meinung unterſtützen. Ihre Hauptſtütze iſt das *cap. ult. X. h. t.* wo es heißt: Sane ſi actor omnino in probatione defecerit, reus debet, etſi nihil praeſtiterit, obtinere; *praeſumtione vero faciente pro illo, reo deferri poteſt, ad oſtendendam ſuam innocentiam, iuramentum*: niſi iudex, inſpectis perſonarum et cauſae circumſtantiis, illud actori videat deferendum. Allein es leuchtet in die Augen, daß hier nicht von dem freywillig angetragenen, ſondern von dem nothwendigen Eide die Rede iſt, welchen im Falle eines unvollkommenen Beweiſes der Richter auflegt, und zwar, wie es die Umſtände erfordern, zuweilen dem Producten, welches dann der Reinigungseid genannt wird, wovon in dem angeführten Text die Rede iſt, zuweilen dem Producenten, welches man den Ergänzungseid nennt.

Ob der Eid bloß in dem ordentlichen, oder auch in dem executiv Proceß Statt finde? iſt ebenfalls unter den Rechtsgelehrten ſtreitig. Einige [45]) zählen die Eidesdelation zu den liquiden Beweismitteln, und laſſen ſie daher auch

43) *L. 35. pr. D. h. t. L. 22. §. 10. Cod. de iure delib.*

44) S. Weſtphals Rechtsgutachten 2. Band Nr. 131. S. 227.

45) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Sp. CXXXV. medit. 2. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 51. MÜLLER ad *Leyſerum* Tom. II. Faſc. I. Obſ. 304.

auch im executivischen Processe zu. Andere [46]) hingegen läugnen dieses schlechterdings. Daß zur Begründung einer Executivklage keine Eideszuschiebung gebraucht werden könne, ist wohl keinem Zweifel unterworfen, weil der Geist des Executivprocesses klare Urkunden fordert, und schon die erste Verfügung des Richters bey einer Executivklage, der Natur derselben gemäß, auf Vorlegung der Documente gerichtet ist [47]). Allein es fragt sich, ob nicht wenigstens dem Beklagten zur Begründung seiner Einreden die Eidesdelation im Executivprocesse gestattet sey? Diejenigen, welche überhaupt die Zulässigkeit des Eides im Executivproceß läugnen, wollen auch dem Beklagten den Gebrauch desselben nicht gestatten, weil, dem Grundsatz der rechtlichen Gleichheit beyder Theile zu Folge, in einer bestimmten Proceßart sich der Beklagte zum Beweis seiner Vertheidigungsgründe keiner Beweismittel bedienen dürfe, worauf der Kläger seine Klage nicht bauen kann [48]). Allein auch davon abgesehen, daß die Rolle des Beklagten in jedem bürgerlichen Rechtsstreite immer vortheilhafter ist, als die

46) Danz Grundsätze der summarischen Prozesse §. 84. der 3. Ausgabe, und Gönner im Handbuche des teutschen gemeinen Prozesses 2. Band. Nr. LI.

47) S. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. II. cap. 2. §. 2. und besonders EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 34. not r. Tom. II. pag. 163.

48) WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 36. BERGER Elect. Proceſſ. executivi. §. 38. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercitat. XIII. §. 16. Oeltze Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 102. lit. D. S. 129. und Gönner a. a. O. §. 3.

Daher kann z. B. der Besitzer einer Sache demjenigen, welcher behauptet, daß die Sache sein Eigenthum sey, den Eid geradezu darüber deferiren, wenn gleich der Delat keine weiteren Gründe seines Anspruchs angeführt hat; und schwört dieser den Eid, so begründet derselbe die Publicianische Klage gegen den Deferenten. Wird hingegen der Eid dem Besitzer angetragen, und dieser schwört, daß die Sache dem Deferenten nicht gehöre, so giebt ihm der Eid eine Einrede, womit er sich gegen den Deferenten schützen kann, wenn dieser dennoch die Sache nachher gerichtlich als die seinige in Anspruch nimmt [28]).

2) Der Eid darf keinem Dritten, der an dem Prozeß keinen Antheil nimmt, zum Nachtheil gereichen. Daher kann weder einem concursmäßigen Schuldner der Eid zum Nachtheil seiner Gläubiger deferirt, noch von diesem der Eid zum Nachtheil seiner Gläubiger angetragen werden [29]); und der Eid, den der Kläger oder der Beklagte geschworen hat, giebt zwar diesem ein Recht, allein einem Dritten kann dieser Eid an der Verfolgung seines Rechts nicht hindern [30]).

§. 800.

28) *L. 7. §. 7. D. de public. in rem act.* Man sehe des 8. Theils 1ste Abtheilung. §. 585. S. 189.

29) *L. 9. §. 5. D. h. t.* Sed et si quis in fraudem creditorum iusiurandum detulerit debitori, adversus exceptionem iurisiurandi replicatio fraudis creditoribus debet dari. Praeterea si fraudator detulerit iusiurandum creditori, ut iuret, sibi decem dari oportere, mox bonis eius venditis experiri volet, aut denegari debet actio, aut exceptio opponitur fraudatorum creditorum.

30) *L. 9. §. 7. D. eodem.*

§. 800.

Die gerichtliche Eidesdelation als Beweismittel betrachtet.

So ſehr man auch ehemals darüber ſtritte, ob die Eidesdelation zu den Beweismitteln zu rechnen ſey, oder nicht; ſo iſt doch jetzt die bejahende Meinung unſtreitig die herrſchende, inſofern nämlich von dem gerichtlichen Eide die Rede iſt. Juſt. Henning Böhmer [31]) hat dieſes auſſer allen Zweifel geſetzt. Nur darüber iſt man noch nicht einverſtanden, ob die Eidesdelation blos ein ſubſidiariſches Beweismittel ſey, oder nicht vielmehr ein ſolches, deſſen ſich diejenige Parthey, welcher die Beweislaſt obliegt, auch dann bedienen könne, wenn ihr auch die Beweisführung auf andre Art möglich wäre? Leyſer [32]) und Cocceji [33]) behaupten das erſtere. Allein das letztere, welches die meiſten [34]) annehmen, iſt ohne Zweifel den Geſetzen gemäßer. Denn dieſe überlaſſen es ganz der Willkühr des Beweisführers, ob er ſich der Eidesdelation, oder eines andern Beweismittels bedienen wolle [35]), und neh-

31) Diſſ. de probatione per delationem iuramenti. *Halae 1743.*

32) Meditat. ad Pand. Tom. II. Specim. CXXXVII. meditat. 5.

33) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 25. in fin.

34) *Io. Chriſt.* KOCH Diſſ. de eo, quod iuſtum eſt circa delationem iuramenti litis deciſorii. §. 13. *Franc.* KROHN Diſſ. Selecta capita proceſſualia de probationibus et reprobationib. exhib. (*Erlangae 1782.*) Cap. I. EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. Qu. 25. not. X. Tom. II. pag. 157. Danz Grdſ. des ordentl. Proceſſes §. 241. und 367. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. Th. §. 1163. a. E. u. a. m.

35) *L. 25. §. 3. D. de probat. L. 34. §. 6. D. h. t. L. 32. Cod. de fideicomm. L. 9. 11. et 12. Cod. de reb. credit. et iureiur*

Theile des Processes, zu Anfange, in der Mitte, oder auch noch am Schluße geschehen könne [57]). Es entsteht aber die Frage, ob auch in dem heutiges Tages besonders gewöhnlichen Falle, da vom Richter oder vom Gesetz ein Beweistermin vorgeschrieben ist, die Eidesdelation auch noch nach Verfluß desselben zuläßig sey? Es ist diese Frage unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Viele [58]) verneinen sie aus dem Grunde, weil die Eideszuschiebung unter die Beweismittel gehöre, und daher nach Ablauf der Beweisfrist eben so wenig für zuläßig gehalten werden könne, als der Gebrauch eines andern Beweismittels. Man fügt noch den Grund hinzu, daß wenn man das Gegentheil behaupten wollte, die peremtorische Kraft des Beweistermins nach Gefallen vereitelt werden könnte, welche doch das gemeine Beste zum Zweck hat, und dazu dienen soll, die Processe abzukürzen, und alle durch die Verlängerung der Beweise zu besorgende processualische Weitläuftig-

57) *L. 12. Cod. de reb. cred. Nov. LXXIII. cap. 4.* In der erstern Stelle heißt es: Omne igitur iuramentum, sive a iudicibus, sive a partibus inlatum, vel *in principio litis*, vel *in medio*, vel *in ipsa definitiva sententia* sub ipso iudice detur, non exspectata vel ultima definitione vel provocationis formidine.

58) *Iust. Henn.* BOEHMER in Diss. de probatione per iuramenti delationem. §. 20. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. I. Sect. I. Membr. 3. Cap. 5. §. 6. Knorre Anleitung zum gerichtl. Proceß 1. Buch. Hptst. 13. §. 3. Nettelbladt Anleitung zur pract. Rechtsgelahrtheit §. 292. Sieber Anleitung zum Proceß §. 195. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 25. not. x. Martin Lehrbuch des gemeinen bürgerl. Processes §. 214. GROLMAN Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 186. Not. b. S. 375. SCHNEIDER Lehre vom

tigkeiten zu vermeiden. Andere [59]) hingegen halten die Eidesdelation dessen ungeachtet auch nach dem Ablauf der Beweisfrist noch für zuläßig, theils weil das römische Recht, dessen heutiger Gebrauch sich hierin nicht bezweifeln lasse, die Eideszuschiebung in allen Theilen des gerichtlichen Verfahrens bis zum Endurtheil erlaube, theils weil die Eidesdelation als ein Transact anzusehen sey, den Partheyen aber freystehen müsse, sich zu aller Zeit zu vergleichen, und dadurch den Rechtsstreit beyzulegen. Ueberdem sey die Eidesdelation ein subsidiarisches Beweismittel, und müsse daher dem Beweisführer noch immer zu Statten kommen, wenn er anfangs mit andern Beweismitteln auszulangen, und hierdurch des höchst gefährlichen und unsichern Beweismittels der Eidesdelation, wodurch man den Gegner zum Zeugen und Richter in seiner eigenen Sache

 macht,

vom rechtlichen Beweise. §. 704. THIBAUT Syst. des Pand. R. 3. B. §. 1199.

59) Struben rechtl. Bedenken 1. Th. Bed. 164. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 154. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 812. und in Diss. de auctoritate iudicis circa iusiur. §. 53. pag. 191. *Chr. Frid.* POHL Diss. de indole iurisiurandi in iudicio delati §. 8. Wehrn Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen in bürgerlichen Streitsachen §. 58. Not. 9. S. 97. Danz Grundsätze des ordentl. Prozesses §. 262. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract Rechtsmaterien. 2. Th. Nr. 29. u. Nr. 70. Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Proceß 1. Th. §. 313. KORCHY Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. 1. B. 4. Betracht. HOPACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4518. und der Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 5. B. Medit. 281.

macht, überhoben seyn zu können, geglaubt, seine Absicht aber nicht erreicht hätte: weil es unbillig seyn würde, wenn nun ihm dieses letzte Hülfsmittel, die Wahrheit auszumitteln, entzogen werden, und derselbe, wegen seiner guten Absicht, nun sein Recht verlieren sollte. Unter diesen Meinungen verdient zwar die erste in der Theorie den Vorzug, weil die letztere sich mit der Natur einer peremtorischen Beweisfrist durchaus nicht verträgt, auch das römische Recht, welches keine peremtorische Beweisfrist kennt, hier keine Anwendung findet, sondern nur dann, wenn keine Beweisfrist vorgeschrieben ist, zur Anwendung kommen kann. Die Praxis nimmt indessen zum Grundsatz an, daß es dem Beweisführer, wenn er nur während der Beweisfrist seinen Beweis angetreten hat, noch frey stehe, sich in dem Falle, da er durch die gewählten Beweismittel seinen Zweck nicht erreicht hat, noch der Eidesdelation zu bedienen, wenn gleich der Beweistermin schon abgelaufen seyn sollte, sofern nur nicht der Beweis wider den Beweisführer ausgefallen ist [60]). Unter dieser Voraussetzung kann denn auch dem Beweisführer die Befugniß, seinem Gegner den Haupteid zuzuschieben, selbst noch in der Appellationsinstanz nicht abgesprochen werden [61]), weil ihm in

60) MEVIUS Part. IV. Decis. 5. REINHARTH select. Observat. ad Christinaeum Vol. III. Obs. 1. Consil. Tubing. Tom. IX. Consil. 20. nr. 19. sqq. STRYK de cautel. iuramentor. P. IV. Sect. I. Cap. I. nr. 10. sqq. von Bülow u. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 1. Bd. Erört. 57.

61) MEVIUS P. VIII. Decis. 49. Westphals Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 9. HOPACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4518. fin.

in den Reichsgesetzen [62]) ausdrücklich nachgelassen worden ist, noch in dieser Instanz neuen bessern Beweis beyzubringen.

Da die Beweisführung nach der Regel: iudici fit probatio, zur Sphäre der richterlichen Beurtheilung gehört, so ergiebt sich hieraus von selbst, daß der Richter nicht nur berechtiget, sondern auch verbunden sey, die Vollführung des Beweises durch einen Eid auf eine solche Weise zu leiten, wie sie erfordert wird, damit der Zweck erreicht, und der Richter von der Wahrheit des streitigen Factums überzeugt werden könne [63]). Daher legt Justinian [64]) einem gerichtlich deferirten Eide nur insofern eine rechtliche Wirkung bey, als er vom Richter genehmiget, oder unter richterlicher Auctorität ist zugeschoben worden. Vorzüglich aber ist die Zulässigkeit der Eideszuschiebung ein Object der richterlichen Prüfung. Der Richter tritt hier von Amtswegen auf, und verwirft eine unzulässige Eidesdelation, wenn auch ihre Statthaftigkeit noch durch keine Einrede angefochten war [65]). Aus diesem Grunde darf daher der Rich-

62) Jüngster Reichsabschied v. J. 1654. §. 73. 74. und 118.

63) S. Gönners Handbuch des gemeinen Processes 2. Th. Abh. XLIX. §. 7. und *Ge. Lud.* BOEHMERI Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. §. 6.

64) *L. 12. §. 1. Cod. de reb. credit.* Sed iuramento illato, *cum hoc a partibus factum fuerit, et a iudice approbatum:* vel *ex auctoritate iudicis cuicunque parti illatum*: si quidem is, cui imponitur sacramentum, nihil ad hoc fuerit reluctatus; hoc praestetur vel referatur: necessitate ei imponenda, cui iure refertur, relationis sacramentum subire.

65) S. Gönners Handbuch 1. Band Abth. 10. §. 26. S. 266.

ter keine Eidesdelation über Reprobatorial-Artikel zulassen, die den Beweisartikeln direct entgegenstreiten. Zwar hat es keinen Zweifel, daß sich der Beklagte zum Beweis seiner Einreden eben so wohl, wie der Kläger zur Begründung seiner Klage, der Eidesdelation bedienen könne [66]; allein zum Beweis des Gegentheils dessen, was durch den Hauptbeweis hat dargethan werden sollen, ist keine Eideszuschiebung zulässig. Denn es war entweder

1) der Beweis vollkommen hergestellt; und dann ist die Eideszuschiebung nach klaren Gesetzen unerlaubt [67], weil hier schon eine Gewissensvertretung vorhanden ist, welche den Producenten von der Ableistung des zugeschobenen Eides befreyet. Oder

2) der Beweisführer hat nur einen unvollständigen Beweis beygebracht. Hier muß auf einen nothwendigen Eid, und zwar, nach Verschiedenheit der Fälle, auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid, erkannt werden; und es kann daher von der Zuschiebung eines Eides über das Gegentheil wiederum gar keine Frage seyn. Oder endlich

3) der Beweisführer hat gar nichts bewiesen. Dann fällt die Eidesdelation, als überflüssig, schon durch sich selbst hinweg [68]. So klar dies alles vor Augen liegt, so fehlt es dennoch nicht an Rechtsgelehrten [69], welche der Meinung

66) Danz Grdf. des ordentl. Processes §. 253.

67) *Cap. 2. X. de probat.*

68) S. Gönners Handbuch des gemeinen Processes 2. Band Nr. XLI. §. 7.

69) *Io. Tob.* CARRACH Diff. de reprobatione per delationem iurisiurandi licita. *Halae 1737.* rec. 1756. und Rettelbladts Ver-

nung sind, daß auch durch Eidesdelation ein eigentlicher Gegenbeweis geführt werden könne. Allein diese Meinung läßt sich nur in dem besondern Falle rechtfertigen, da dem geführten Beweise Gründe entgegenstehen, die im Falle sie erweislich wären, die ganze Kraft desselben vernichten würden. Nur in diesem Falle findet die Eidesdelation auch gegen Urkunden Statt, sie seyen öffentliche oder Privaturkunden, wenn ihnen z. B. die Einrede der Simulation, des Irrthums, der Verfälschung, und dergleichen entgegengesetzt, worden ist [70]). Außerdem muß die Eidesdelation, als ein Mittel, dadurch einen directen Gegenbeweis zu führen, schlechterdings verworfen werden, wenn auch der Beklagte selbst derjenige wäre, welcher den Gegenbeweis dadurch führen wollte, weil die Begünstigung, die sonst der Beklagte im Prozeß genießt, soweit nie ausgedehnt werden kann, um ihm etwas zu gestatten, was gegen deutliche Vorschriften der Gesetze streitet. Hierin haben Kläger und Beklagter gleiche Rechte [71]). Allein eine

Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit. §. 266.

70) *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum §. 12. Nr. III. (in *Elect. iuris civ.* Tom. II. pag. 669.) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 64. §. 7. sq. *Carl Ferd.* HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. III. Obs. 381. Man vergleiche, was hiervon schon an einem andern Orte (§. 795. S. 213.) vorgekommen ist.

71) Die Gründe der entgegengesetzten Carrachischen Meinung findet man in *Ge. Steph.* WIESAND Progr. de reprobatione per iusiurandum caute instituenda. Nr. III. zu *Im. Gottl.* TOEPFER Diss. de probatione per iurisiurandi delationem caute instituenda, praeside WIESANDIO *Vitembergae 1790.* defensa. geprüft und widerlegt.

Theile des Processes, zu Anfange, in der Mitte, oder auch noch am Schluße geschehen könne [57]). Es entsteht aber die Frage, ob auch in dem heutiges Tages besonders gewöhnlichen Falle, da vom Richter oder vom Gesetz ein Beweistermin vorgeschrieben ist, die Eidesdelation auch noch nach Verfluß desselben zuläßig sey? Es ist diese Frage unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Viele [58]) verneinen sie aus dem Grunde, weil die Eideszuschiebung unter die Beweismittel gehöre, und daher nach Ablauf der Beweisfrist eben so wenig für zuläßig gehalten werden könne, als der Gebrauch eines andern Beweismittels. Man fügt noch den Grund hinzu, daß wenn man das Gegentheil behaupten wollte, die peremtorische Kraft des Beweistermins nach Gefallen vereitelt werden könnte, welche doch das gemeine Beste zum Zweck hat, und dazu dienen soll, die Processe abzukürzen, und alle durch die Verlängerung der Beweise zu besorgende processualische Weitläuftig-

57) *L. 12. Cod. de reb. cred. Nov. LXXIII. cap. 4.* In der erstern Stelle heißt es: Omne igitur iuramentum, sive a iudicibus, sive a partibus inlatum, vel *in principio litis*, vel *in medio*, vel *in ipsa definitiva sententia* sub ipso iudice detur, non exspectata vel ultima definitione vel provocationis formidine.

58) *Iust. Henn.* BOEHMER in Diss. de probatione per iuramenti delationem. §. 20. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. I. Sect. I. Membr. 3. Cap. 5. §. 6. Knorre Anleitung zum gerichtl. Proceß 1. Buch. Hptst. 13. §. 3. Nettelbladt Anleitung zur pract. Rechtsgelahrtheit §. 292. Sieber Anleitung zum Proceß §. 195. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 25. not. x. Martin Lehrbuch des gemeinen bürgerl. Processes §. 214. GROLMAN Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 186. Not. b. S. 375. SCHNEIDER Lehre vom

tigkeiten zu vermeiden. Andere [59]) hingegen halten die Eidesdelation dessen ungeachtet auch nach dem Ablauf der Beweisfrist noch für zulässig, theils weil das römische Recht, dessen heutiger Gebrauch sich hierin nicht bezweifeln lasse, die Eideszuschiebung in allen Theilen des gerichtlichen Verfahrens bis zum Endurtheil erlaube, theils weil die Eidesdelation als ein Transact anzusehen sey, den Partheyen aber freystehen müsse, sich zu aller Zeit zu vergleichen, und dadurch den Rechtsstreit beyzulegen. Ueberdem sey die Eidesdelation ein subsidiarisches Beweismittel, und müsse daher dem Beweisführer noch immer zu Statten kommen, wenn er anfangs mit andern Beweismitteln auszulangen, und hierdurch des höchst gefährlichen und unsichern Beweismittels der Eidesdelation, wodurch man den Gegner zum Zeugen und Richter in seiner eigenen Sache

 macht,

vom rechtlichen Beweise. §. 704. THIBAUT Syst. des Pand. R. 3. B. §. 1199.

59) Struben rechtl. Bedenken 1. Th. Bed. 164. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 154. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 812. und in Diss. de auctoritate iudicis circa iusiur. §. 53. pag. 191. *Chr. Frid.* POHL Diss. de indole iurisiurandi in iudicio delati §. 8. Wehrn Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen in bürgerlichen Streitsachen §. 58. Not. 9. S. 97. Danz Grundsätze des ordentl. Prozesses §. 262. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract Rechtsmaterien. 2. Th. Nr. 29. u. Nr. 70. Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Proceß 1. Th. §. 313. KORCHY Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. 1. B. 4. Betracht. HOPACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4518. und der Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 5. B. Medit. 281.

andere Frage ist, ob nicht im Gegenbeweise erlaubt sey, dem Producenten über diejenigen Thatumstände den Eid zu deferiren, worüber bereits die Probatorialzeugen nach den vom Producten eingereichten Interrogatorien abgehört worden sind? Viele Rechtsgelehrten [72]) vertheidigen in diesem Falle die Zulässigkeit der Eidesdelation aus dem Grunde, weil durch die Interrogatorien keine Beweisführung unternommen werde. Denn etwas anders seyen Artikel, etwas anders bloße Fragstücke. Letztere hätten blos zur Absicht, dadurch auszuforschen, ob auch die Zeugen eine hinlängliche Wissenschaft von der Sache hätten, sie enthielten also noch keinen Gegenbeweis. Allein dieser Grund ist nicht bündig. Denn indem der Product die Probatorialzeugen über Thatumstände vernehmen läßt, welche darauf abzielen, den Beweis des Producenten zu entkräften, so unternimmt er in der That einen Gegenbeweiß. Es kommt hier nicht auf die Form, sondern auf die Wirkung an. Nun nimmt der Richter bey seinem Erkenntniß auf das, was die Probatorialzeugen auf die von dem Producten eingereichten Fragstücke geantwortet haben, eben so gut Rücksicht, als wenn er in bester Form Rechtens einen Gegenbeweis geführt hätte. Der Product würde also auf solche Art den Beweis durch Zeugen und Eidesdelation über einerley Gegenstände rechtswidrig cumuliren, und den Richter in große Verlegenheit setzen, wem er mehr trauen solle, den Zeugen, oder dem Eide? Mit Recht läugnen daher auch in die-

72) RIVINUS Enunciat. iuris Tit. XXI. §. 43. *Lud.* MENKEN Tract. synopt. proceſſ. iuris commun. et ſax. Tit. IX. §. 11. *God.* BARTH Hodegeta for. Cap. I. §. 42. not. c. nr. 5. p. 206. WERNHER Obſervat. for. Tom. III. P. III. Obſ. 57. und HOMMEL Rhapſod. quaeſt. for. Vol. I. Obſ. 404.

diesen Falle die Zulässigkeit der Eidesdelation die neuern Rechtsgelehrten, unter denen ich einen Carl Heinrich Geisler [73], Georg Stephan Wiesand [74], und Johann Adam Theophilus Rind [75], hier vorzüglich nenne.

§. 801.

Folgen einer geschehenen Eidesdelation. Annehmung, Zurückschiebung. Gewissensvertretung. Ungehorsam des Delaten, wegen nicht erfolgter Erklärung und dessen Folge.

Findet nun der Richter keine rechtliche Ursache den zugeschobenen Eid zu verwerffen, es ist auch gegen die Statthaftigkeit des geschehenen Antrages von Seiten des Delaten nichts Erhebliches eingewendet worden [76]; so ist die Folge einer gerichtlich geschehenen Eideszuschiebung die, daß sich der Delat darüber erklären muß, ob er den Eid ableisten wolle oder nicht. Hierin unterscheidet sich vorzüglich die gerichtliche Eideszuschiebung von der außergerichtlichen, daß bey der letztern diese rechtliche Nothwendigkeit, welche bey der gerichtlichen dem Delaten obliegt, wegfälle

73) Animadversion. ex iure universo depromtar. Spicileg. I. *Vitebergae 1787.* Animadv. 3.

74) Cit. Programm. Nr. IV.

75) Quaestion. for. Tom. II. Cap. 24.

76) Derjenige, welchem ein Eid zugeschoben worden ist, kann nämlich rechtliche Gründe anführen, warum der Eid entweder gar nicht, oder nicht so, wie er von dem Deferenten angetragen worden, Statt finde. Solche Beweiseinreden veranlassen dann oft ein eigenes Verfahren. S. Danz Grundsätze des ordentlichen Processes §. 375.

fällt [77]). Der Prätor sagt in seinem Edict, so wie solches Gerhard Noodt [78]) restituirt hat: *Eum, a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam, si is, qui petet iusiurandum, paratus sit iurare, non calumniae causa id se postulare. Si iusiurandum referre malet, quam iurare, potestatem faciam. Si is, qui iusiurandum petet, conditione iurisiurandi non utetur, iudicium ei non dabo.* Den Grund dieser Verordnung setzt Paulus [79]) theils in der Abkürzung der Processe, theils in der Billigkeit. Hoc enim, sagt er, et compendio litium et aequitatis ratione provisum est. Darin weicht also die gerichtliche Eidesdelation, als Beweismittel betrachtet, von dem Begriff eines Vergleichs ab, daß es nicht von der Willkühr des Delaten abhängt, ob er den ihm zugeschobenen Eid annehmen oder ausschlagen wolle. Dagegen aber hat doch die gerichtliche Eideszuschiebung darin allerdings eine Vergleichsähnlichkeit behalten, daß die Gesetze den Delaten nicht unbedingt zur Annahme verbinden, sondern ihm die Wahl geben, den Eid entweder anzunehmen oder zurückzuschieben [80]); ja nach der Praxis kann er sogar beydes durch die sogenannte Gewissensvertretung abwenden. Der Delat kann also den ihm angetragenen Eid entweder

1) an-

77) S. Ge. *Lud.* Bohmer Diss. cit. de auct. iud. circa iusiurand. in iudicio delatum. §. 3. et 4. in *Elect. iur. civ.* Tom. II. pag. 655.

78) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 284. sqq.

79) *Sententiar. receptar. Lib. II. Tit. 1. §. 1.* (in *Ant.* Schulting Iurisprud. Antejust. pag. 267.)

80) *L. 34. §. 7. L. 38. D. h. t. L. 25. §. 1. D. de constituta pecunia. L. 9. Cod. de reb. credit. et iureiur.*

1) annehmen. Unter der Annehmung (*acceptatio iuramenti*) versteht man die Erklärung desjenigen, dem ein Eid gerichtlich zugeschoben worden ist, daß er den Eid abzuleisten bereit sey. Oder er kann

2) den Eid zurückschieben. Man nennt die Zurückschiebung des Eides (*relatio iurisiurandi*) die Erklärung des Delaten, daß er den ihm zugeschobenen Eid nicht schwören wolle, sondern die Ableistung desselben von dem Deferenten verlange, Oder

3) er kann sein Gewissen mit Beweis vertreten. Unter dieser Gewissensvertretung (*Probatio pro exoneranda conscientia*) wird die Handlung des Delaten verstanden, wodurch er den Richter auf eine andere Art, als durch den Eid, von der Nichtigkeit der Behauptung seines Gegners zu überzeugen sucht. Zu dieser Erklärung wird dem Delaten ein Termin gesetzt, welcher gewöhnlich peremtorisch ist, und daher die Wirkung hat, daß, wenn sich derselbe nicht erklärt, und die ihm dazu gesetzte Frist verstreichen läßt, er nun wegen seines Ungehorsams als Geständiger behandelt wird [81]). Geht die Eideszuschiebung auf verschiedene Puncte, so kann auch die Erklärung über dieselbe verschieden ausfallen [82]), auf jeden Fall aber bleibt dem Delaten das ihm gesetzlich gestattete Wahl-

81) *L. 34. §. 9. D. h. t. L. 38. D. eodem.* wo Paulus den Grund anführt: Manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec iurare, nec iusiurandum referre. *L. 9. L. 12. C. de reb. credit. et iureiur.* S. *Ferd. Aug.* HOMMEL Diss. de poena iurare nolentium. *Lipsiae 1748.*

82) S. Danz Grds. des ordentl. Processes §. 376.

Wahlrecht unbenommen, wenn auch der Richter blos auf die Abschwörung des Eides erkannt haben sollte. Denn eine solche Sentenz ist immer unter der stillschweigenden Bedingung zu verstehen, wofern der Delat den Eid nicht etwa zurückschieben, oder sein Gewissen mit Beweis vertreten wolle [83]).

§. 802.

I. Annehmung des Eides und deren Folgen, besonders wenn der Acceptant vor der Ableistung desselben stirbt.

Hat der Delat den ihm zugeschobenen Eid angenommen, welches entweder schriftlich in der gewöhnlichen Proceßform, oder auch durch eine mündliche Erklärung zu Protokoll geschehen kann, so besteht die Wirkung einer solchen Annehmung darin.

1) Der Delat muß den Eid nun schlechterdings ableisten, oder er wird als Geständiger behandelt, wenn er die Ableistung ohne Schuld seines Gegners verweigert [84]). Es fin-

83) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXXIX. meditat. 3. 4. et 5. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 385.

84) *L. 34. §. 6. D. h. t.* Si non iurat, solvere cogendus erit a Praetore. Gewöhnlich behauptet man, der Beklagte verliere auch zur Strafe seine Einreden, wodurch er das Recht des Klägers hätte bestreiten können. S. BERGER Elect. Diceptat. for. Tit. XVI. Obs. 2. Not. 3. et Supplem. P. II. pag. 386. sq. HOMMEL Diss. de poena iurare nolentium §. 3. et 4. und MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 61. Allein sollte ein solcher Verlust Statt finden, so müßte der Grund entweder in einer besondern Verordnung der Gesetze, oder in einem geschehenen Verzichte liegen. Nun läßt sich weder das eine noch das andere

findet daher nach geschehener Annahme des Eides weder eine Zurückschiebung desselben, noch eine Gewissensvertretung weiter Statt, es wäre denn, daß der Delat unterdessen neuen Beweis gefunden hätte, und auch bescheinigen könnte, daß er vorher keine Wissenschaft davon gehabt habe [85]).

2) Der Deferent hingegen ist an seinen Eidesantrag nicht gebunden, sondern kann den Eid bis zur wirklichen Ab-

dere mit Grund behaupten. Daß es an einer gesetzlichen Verordnung fehle, geben alle zu. Allein auch der letzte Grund, den man gewöhnlich annimmt, ist nichtig. Denn man sehe auch die gerichtliche Eidesdelation als einen bloßen Transact an, so läßt sich doch daraus weiter nichts, als die Uebereinkunft unter den Partheyen herleiten, daß wenn der Beklagte den Eid schwören wird, die Behauptung des Klägers für ungegründet gehalten, in dem entgegengesetzten Falle aber für wahr und erwiesen angenommen werden solle. Nun kann ja aber der Beklagte immerhin das Factum der Klage als wahr einräumen, ohne deswegen auch auf die ihm dagegen zustehenden Einreden Verzicht zu leisten. *L. 9. Cod. de except.* Daß auch der Beklagte anfangs die Klage abläugnen könne, und nachher, wenn der Kläger seine Intention erwiesen hat, doch noch mit seinen Einreden gegen die Ansprüche des Klägers zuzulassen sey, sagen die Gesetze deutlich. *L. 25. pr. D. de probat. L. 43. pr. D. de reg. iur.* Man vergleiche vorzüglich hierüber *Io. Ad. Th.* KIND Quaest. for. Tom. III. Cap. 16. pag. 129. sqq. Auch WERNHER, der anfangs in Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 107. die entgegengesetzte Meinung hatte, hat sie nachher in dem Supplement zu dieser Observation sehr ausführlich und aus den bündigsten Gründen widerlegt.

85) S. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 55. Danz Grds. des ord. Processes §. 377. und von Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. LI. S. 801. folg.

Ablei-ſung deſſelben nach Willkühr zurückzunehmen. Die Practiker wollen zwar dieſer Willkühr des Deferenten auf mancherley Art Schranken ſetzen. Nach einigen [86]), denen auch Hellfeld beyſtimmt, ſoll die Widerrufung des zugeſchobenen Eides nach der Annehmung deſſelben nur dann Statt finden, wenn der Deferent unterdeſſen neuen Beweis aufgefunden, und auch beſcheinigen oder eidlich erhärten kann, daß er vorher davon keine Wiſſenſchaft gehabt habe, auch der beygebrachte neue Beweis ſo beſchaffen iſt, daß daraus erhellet, der Delat werde einen Meineid begehen. Nach andern [87]) ſoll dem Deferenten, wenn ihn auch der Widerruf des zugeſchobenen Eides noch geſtattet iſt, dennoch eine Veränderung derjenigen Puncte, über welche geſchworen werden ſoll, nach der Annehmung des Eides nicht mehr erlaubt ſeyn, und mit neuem Beweiſe ſoll der Deferent nur dann Gehör finden, wenn er gehörig darthun oder beſcheinigen oder doch eidlich erhärten kann, daß er von dem neu aufgefundenen Beweiſe vorher keine Wiſſenſchaft gehabt habe. Allein wofern nicht die beſondere Proceßordnung eines Landes dieſe oder jene Einſchränkung macht [88]); ſo laſſen ſich dieſelben nach dem gemeinen Rech-

86) Ludovici Einleitung zum Civilproceß Kap. 20. §. 5. WERNHER Obſervat. for. Tom. II. P. X. Obſ. 394. MEVIUS Tom. I. P. II. Obſ. 93. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 26. Struben rechtliche Bedenken 4. Band Bed. 2. *Inſt. Henn.* BOEHMER Diſſ. de probat. per delationem iuram. §. 27. u. a. m.

87) Danz Grundſätze des ordentl. Proceſſes §. 377.

88) Nach der Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 10. Tit. §. 298. kann ein deferirter Eid nach erfolgter Acceptation anders nicht widerrufen werden, als wenn durch die nachgebrach-

ten

Rechte [89]) nicht annehmen; als welches ohne Unterſchied bis zur wirklichen Eidesleiſtung ſowohl die Zurücknahme des Eides, als auch andere Beweisführung zuläßt. Die Worte: *Si quis ſacramentum intulerit, et hoc revocare maluerit, licere quidem ei hoc facere, et alias probationes, ſi voluerit, praeſtare, ita tamen, ut huiusmodi licentia usque ad litis tantummodo terminum ei praeſtetur*, wenn man damit die Anfangsworte vergleicht: *Si quis iusiurandum intulerit, et necdum eo praeſtito, poſtea (utpote ſibi allegationibus abundantibus) hoc revocaverit*, ſetzen dieſes außer allen Zweifel. Eine beſondere Urſache der Zurücknahme erfordert das Geſetz nicht, genug, daß es der Beweisführer für rathſamer findet, ſich ſtatt des anfangs gewählten bedenklichen Mittels eines andern zuverläſſigern zu bedienen, um die Richtigkeit ſeiner Forderung oder ſeiner Einwendung zu beweiſen. Es ſetzt aber doch die Verordnung des Kaiſers Juſtinian voraus, daß auf die Ableiſtung des Eides noch nicht rechtskräftig erkannt ſey. Denn durch die richterliche Sentenz erhält erſt die Acceptation des deferirten Eides eine bürgerliche Verbindungskraft, welche die Zurücknahme des Antrags ausſchließt [90]), wie

ten Beweismittel das Gegentheil von dem, was der Acceptant beſchwören wollen, vollſtändig ausgemittelt iſt. Nach dem *Code Napoleon* Art. 1364. hingegen kann ein angetragener Eid gar nicht mehr zurückgenommen werden, ſobald der Gegentheil einmal erklärt hat, daß er bereit ſey den Eid zu leiſten.

89) *L. 11. Cod. de reb. cred. et iureiur.* Man ſehe über dieſe Verordnung MALBLANC de iureiur. §. 54.

90) S. *Ge. Lud.* BOEHMER Diſſ. cit. de auct. iud. circa iusiur. delat. §. 19. et 20.

wie aus folgenden Worten der angeführten Verordnung erhellet.

Post definitivam vero sententiam, quae provocatione suspensa non sit, vel quae, postquam fuit appellatum, corroborata fuerit, nullo modo revocare iuramentum, et iterum ad probationem venire, cuiquam concedimus.

Daß hier unter der *sententia definitiva* das richterliche Erkenntniß zu verstehen sey, wodurch dem Acceptanten die Ableistung des Eides auferlegt wird, erhellet ganz klar aus den Basiliken [91]), aus welchen folgende Stelle hier bemerkt zu werden verdient:

Μέχρι δὲ τότε ἔξεσιν τῷ ἐπάγοντι τὸν ὅρκον καὶ μήπω αὐτὸν λαβόντι μεταμελεῖσθαι, ἕως ὅτε ἀπόφασις ἐξέλθῃ ἐπιτρέπουσα δοθῆναι τὸν ὅρκον. ἀποφάσεως γὰρ ἅπαξ ἐκπεχθείσης, καὶ δηλονότι μὴ ἐπιδοθείσης, ἢ γενομένης μὲν ἐκκλήτου, βεβαιωθείσης δὲ τῆς πρώτης ἀποφάσεως ἐν τῷ δικαστηρίῳ τῆς ἐκκλήτου, οὐκέτι ἔξεσι μεταμελεῖσθαι τῷ ἐπαγαγόντι τὸν ὅρκον, καὶ μεταπηδᾶν πρὸς ἑτέρας ἀποδείξεις, ἵνα μὴ ἄνωθεν δικαζόμενος τὸ τέλος τῆς πρώτης ὑποθέσεως ἀρχὴν δευτέρου δικαστηρίου ποιήσηται. i. e. *Eousque autem mutare voluntatem liceat deferenti iusiurandum, quod nondum praestitum est, quousque sententia lata fuerit, quae iusiurandum praestari iubeat. Nam postquam sententia lata est, nec appellatio interposita est, aut interposita quidem est, sed prior sententia in iudicio appellationis confirmata est, non amplius ei, qui iusiurandum detulit, poenitere conceditur, et ad alias probationes transire, ne lite repetita finis negotii alterius causae fiat exordium.*

Mit

91) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. Const. 53. pag. 132.

Mit Recht konnte auch der Gesetzgeber die Sentenz des Richters, wodurch auf die Eidesleistung erkannt worden, eine sententia definitiva nennen, weil durch den Eid der Rechtsstreit entschieden wird, und der römische Richter sich bey seinem Ausspruch der Formel bediente: *ut vel iuret reus, vel solvat* [92]). Aus allem ergiebt sich klar, daß von einem Beweise pro evitando periurio überall keine Rede sey [93]), und eben so wenig erfordert der Gesetzgeber gerade neu aufgefundene Beweise, um den angetragenen Eid widerrufen zu können. Leyser [94]) geht indessen zu weit, wenn er den Satz aufstellt, daß auch der Widerruf des deferirten Eides sogar denn noch Statt finde, wenn auf die Ableistung desselben schon rechtskräftig erkannt worden ist. Der angeführten gesetzlichen Vorschrift streitet diese Meinung offenbar entgegen. Er meint zwar, daß seine Meinung dem Geist des Gesetzes entspreche. Adeone, schreibt er, post rem iudicatam iudici permissum est, aditum periuriis facere? an rei iudicatae auctoritas efficiet, ut temere iurare, et nomen Dei vane usurpare peccatum non sit? Allein Leyser setzt hier voraus, daß der Grund des Gesetzes in Verhütung der Meineide beruhe, wovon doch das Gesetz überall nichts enthält, es geht vielmehr das Gegentheil daraus hervor, daß der Gesetzgeber die Zurücknahme des angetragenen Eides nur bis zur Sentenz des Richters erlaubt. Da indessen das Canonische Recht dem Rich-

92) S. BOEHMER cit. loc. in Elect. iur. civ. Tom. II. p. 683.

93) S. *Io. Tob.* CARRACH Diss. de imaginaria aequitate probationis pro evitando periurio. *Halae* 1734. §. 18.

94) Meditat. ad Pand. Specim. CXXXVIII. medit. 1. et 2.

Ableistung desselben nach Willkühr zurücknehmen. Die Practiker wollen zwar dieser Willkühr des Deferenten auf mancherley Art Schranken setzen. Nach einigen [86]), denen auch Hellfeld beystimmt, soll die Widerrufung des zugeschobenen Eides nach der Annehmung desselben nur dann Statt finden, wenn der Deferent unterdessen neuen Beweis aufgefunden, und auch bescheinigen oder eidlich erhärten kann, daß er vorher davon keine Wissenschaft gehabt habe, auch der beygebrachte neue Beweis so beschaffen ist, daß daraus erhellet, der Delat werde einen Meineid begehen. Nach andern [87]) soll dem Deferenten, wenn ihn auch der Widerruf des zugeschobenen Eides noch gestattet ist, dennoch eine Veränderung derjenigen Puncte, über welche geschworen werden soll, nach der Annehmung des Eides nicht mehr erlaubt seyn, und mit neuem Beweise soll der Deferent nur dann Gehör finden, wenn er gehörig darthun oder bescheinigen oder doch eidlich erhärten kann, daß er von dem neu aufgefundenen Beweise vorher keine Wissenschaft gehabt habe. Allein wofern nicht die besondere Proceßordnung eines Landes diese oder jene Einschränkung macht [88]); so lassen sich dieselben nach dem gemeinen Rech-

86) Ludovici Einleitung zum Civilproceß Kap. 20. §. 5. WERNHER Observat. for. Tom. II. P. X. Obs. 394. MEVIUS Tom. I. P. II. Obs. 93. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 26. Struben rechtliche Bedenken 4. Band Bed. 2. *Iuſt. Henn.* BOEHMER Diſſ. de probat. per delationem iuram. §. 27. u. a. m.

87) Danz Grundsätze des ordentl. Processes §. 377.

88) Nach der Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 10. Tit. §. 298. kann ein deferirter Eid nach erfolgter Acceptation anders nicht widerrufen werden, als wenn durch die nachgebrach-

ten

Rechte [89]) nicht annehmen; als welches ohne Unterſchied bis zur wirklichen Eidesleiſtung ſowohl die Zurücknahme des Eides, als auch andere Beweisführung zuläßt. Die Worte: *Si quis ſacramentum intulerit, et hoc revocare maluerit, licere quidem ei hoc facere, et alias probationes, ſi voluerit, praeſtare, ita tamen, ut huiusmodi licentia usque ad litis tantummodo terminum ei praeſtetur*, wenn man damit die Anfangsworte vergleicht: *Si quis iusiurandum intulerit, et necdum eo praeſtito, poſtea (utpote ſibi allegationibus abundantibus) hoc revocaverit*, ſetzen dieſes außer allen Zweifel. Eine beſondere Urſache der Zurücknahme erfordert das Geſetz nicht, genug, daß es der Beweisführer für rathſamer findet, ſich ſtatt des anfangs gewählten bedenklichen Mittels eines andern zuverläſſigern zu bedienen, um die Richtigkeit ſeiner Forderung oder ſeiner Einwendung zu beweiſen. Es ſetzt aber doch die Verordnung des Kaiſers Juſtinian voraus, daß auf die Ableiſtung des Eides noch nicht rechtskräftig erkannt ſey. Denn durch die richterliche Sentenz erhält erſt die Acceptation des deferirten Eides eine bürgerliche Verbindungskraft, welche die Zurücknahme des Antrags ausſchließt [90]), wie

ten Beweismittel das Gegentheil von dem, was der Acceptant beſchwören wollen, vollſtändig ausgemittelt iſt. Nach dem *Code Napoleon* Art. 1364. hingegen kann ein angetragener Eid gar nicht mehr zurückgenommen werden, ſobald der Gegentheil einmal erklärt hat, daß er bereit ſey den Eid zu leiſten.

89) *L. 11. Cod. de reb. cred. et iureiur.* Man ſehe über dieſe Verordnung MALBLANC de iureiur. §. 54.

90) S. *Ge. Lud.* BOEHMER Diſſ. cit. de auct. iud. circa iusiur. delat. §. 19. et 20.

lehrten sehr streitig. Viele [1]) behaupten ganz allgemein, daß in diesem Falle der Tod die Ableistung des Eides ersetze, weil man von jedem Sterbenden vermuthen müsse, daß er sein Gewissen bedacht haben werde. Andere [2]) hingegen nehmen diese Meinung nur unter folgenden Einschränkungen an, nämlich 1) wenn der Verstorbene ein rechtschaffener und gewissenhafter Mann war, 2) den Eid selbst in Person und nicht durch einen Bevollmächtigten acceptirt hatte, und dann auch 3) die wirkliche Ableistung des Eides nicht von ihm selbst durch eigene Schuld und Verzögerung verhindert worden ist. Noch andere [3]) erfordern, wenn der Tod die Kraft der Eidesleistung haben solle, daß die Sache nicht anders, als durch den deferirten Eid entschieden werden könne, auch der Verstorbene schon soviel für sich gehabt haben müsse, daß zu vermuthen sey, er werde den Eid mit gutem Gewissen abgeleistet haben. Dagegen läugnen andere [4]) ohne Unterschied, daß der Eid wegen des erfolg-

1) GAIL Lib. II. Obs. 43. nr. 2. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 24. *Sam.* STRYK Diss. de morte loco iurisiurandi. *Halae 1703. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 40.

2) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXLIV. medit. 1. sq. Claproth im ord. bürgerlichen Proceß 2. Th. §. 327. von Bülow und Theod. Hagemanns praktische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 3. Band. Erört. XX. S. 138. f. SCHNEIDER vollständ. Lehre vom rechtlichen Beweise. §. 68. Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Processe. 1. Th. §. 321. S. 425. und Danz Grds. des ord. Processes §. 370. a. E.

3) MEVIUS P. V. Decis. 46.

4) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 70. in fin. BERGER Elect. disceptat. for. pag. 577. Struben rechtl. Bedenken

erfolgten Todes des Delaten, welcher ihn angenommen hatte, für abgeſchworen gehalten werden könne, weil weder ein Geſetz vorhanden ſey, welches dieſe Meinung begünſtige, noch ſonſt hinreichende Gründe zur Rechtfertigung derſelben angeführt werden könnten. Dieſer Meinung ſtimmen auch die meiſten neuern Rechtsgelehrten [5]) bey, nehmen jedoch den Fall aus, wenn der Verſtorbene durch die Schuld des Deferenten, oder durch deſſelben abſichtliches in die Länge Ziehen an der Ableiſtung des Eides verhindert worden ſey. Nur in dieſem einzigen Falle ſey der Eid als abgeſchworen zu betrachten. Bey dieſer großen Verſchiedenheit der Meinungen kommt alles darauf an, was die Natur der Sache und die Rechtsanalogie lehren. Denn an dieſe müſſen wir uns hier lediglich halten, weil es an einer beſtimmten Verordnung des gemeinen Rechts fehlt,

denken 4. Th. Beb. 2. S. 6. *Lüd.* MENKEN Progr. iuramentum in iudicio delatum acceptatumque ob mortem acceptantis ſimpliciter pro praeſtito habendum non eſſe, niſi aliud obſervantia fori receperit. *Lipſiae 1705.* *Gebh. Chriſt.* BASTINELLER Diſſ. de effectu oblationis ad iurandum, mortuo ante praeſtationem offerente. *Vitemb. 1724.* WALCH Controv. iuris civ. pag. 765. und *Io. Dav.* NEUENDORFF Diſſ. de morte loco iurisiurandi. *Bützovii 1787.*

5) S. *Ad.* SEYFRIED Specim. inaug. reſolvens, praemiſſis generalibus de iuramento principiis, quaeſtionem, num iuramentum delatum in iudicio acceptatumque, interveniente morte acceptantis, haberi pro praeſtito queat? praes. *Gallo Aloyſio* KLEINSCHROD def. *Wirceburgi 1798.* *Grolmann* Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 95. MÜLLER Obſerv. pract. ad *Leyſerum* Tom. II. Faſc. I. Obſ. 327. BIENER Syſtem. proceſſus iudiciar. Tom. I. §. 170. in Obſ. pag. 383. ſq. THIBAUT Syſt. des R. P. 3. B. §. 1164. not. x. u. a. m.

welche diese Frage entscheidet. Entscheidet die besondere Proceßordnung eines Landes [6]) darüber, so versteht es sich von selbst, daß hierauf zunächst Rücksicht zu nehmen ist. Hier ist nun Erstens soviel gewiß, daß die aufgestellte Vermuthung, der Sterbende werde sein Gewissen bedacht haben, weil nicht zu glauben sey, daß Jemand, der auch den Vorsatz gefaßt hätte, einen falschen Eid zu schwören, sterben werde, ohne zuvor diesen zu widerrufen, und seine Seele zu retten, mag sie auch immerhin den Grundsätzen der Moral und des Christenthums entsprechen, dennoch in den

6) So verordnet z. B. die allgemeine Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 10. Tit. 5. Abschn. §. 378. „Wenn ein angetragener oder zurückgeschobener Eid unbedingt und ohne Vorbehalt angenommen worden, und der Acceptant verstirbt vor der wirklichen Ableistung, so wird selbiger für geschworen geachtet. Ist hingegen die Annahme nur unter dem Vorbehalte eines eingewandten Rechtsmittels erfolgt, so müssen die Erben den Eid annoch leisten. Doch steht denselben bey dergleichen ihrem Erblasser angetragenen, und von diesem angenommenen Eiden, die Zurückschiebung noch allemal frey.„ Auch nach der Zellischen Tribunalsordnung P. II. Tit. 8. Sect. 3. §. 12. soll der deferirte Eid pro praestito gehalten werden, wenn der Verstorbene einmal den Eid acceptirt hatte, und er nicht in mora gewesen wäre. S. von Bülow's und Hagemanns prakt. Erörterungen 3. Band Erört. 20. S. 136. Dahingegen ist in der Sächsischen Gerichtsordnung Tit. XVIII. §. 8. verordnet, daß wenn auch gleich die Parthey den ihr zugeschobenen Eid acceptirt hätte, vor desselben wirklicher Ablegung aber verstürbe, der angenommene Eid doch nicht pro praestito gehalten werden solle, sondern es sollen desselben Erben nichts desto minder solchen Eid, jedoch nur de credulitate, abzuschwören schuldig seyn. S. BIENER im angeführten Systeм. proc. iudic. Tom. I. pag. 334.

den Gesetzen keinen Grund habe, und daher die Behauptung, daß der Tod anstatt des Eides gelte, wenn der Acceptant vor der wirklichen Ableistung desselben stirbt, zu rechtfertigen, auf keine Weise im Stande sey. Man wird sich davon leicht überzeugen, wenn man das Gesetz etwas genauer prüft, worauf man sich gewöhnlich beruft. Es ist die *L. 6. Cod. ad Leg. Iul. repetundar.* wo es heißt: Neminem *divini timoris*, contemnendo iusiurandum, arbitramur *immemorem*, *ut saluti propriae ullum commodum anteponat.* Allein es leuchtet in die Augen, daß diese Worte keine verba dispositiva, sondern blos verba enunciativa sind, die folglich keine Gesetzeskraft haben. Sodann aber handeln sie auch gar nicht von dem Falle, da Jemand den Eid noch nicht wirklich abgeschworen hat. Nun ist zwischen der bloßen Annahme des Eides und der wirklichen Ableistung desselben noch ein großer Unterschied. Denn die Erfahrung lehrt, daß die Menschen von Natur leichter einen Eid annehmen, als ihn wirklich abschwören. Der Acceptant kann vielleicht nie die Absicht gehabt haben, den Eid wirklich abzuleisten, sondern nahm ihn an, um seinen Gegner zu schrecken, und ihn auf solche Art zu einem Vergleiche zu bestimmen. Eben deswegen, weil bey der Annehmung eines angetragenen Eides nicht immer der ernstliche Vorsatz Statt findet, den Eid wirklich abzuschwören, wird immer dem Acceptanten eine Bedenkzeit gegeben, eben deswegen geschieht auch vor der Ableistung eine ernstliche Ermahnung, wodurch nicht selten die wirkliche Ableistung, aller vorhanden gewesenen Bereitwilligkeit des Acceptanten ungeachtet, hintertrieben wird. Daß aber auch wirklich die Absicht der Kr. Theodos und Valentinian, von welchen die *L. 6. cit.* herrührt, gar nicht gewesen

ſey, durch jene Worte eine allgemeine Regel aufzuſtellen, ergiebt ſich aus den unmittelbar darauf folgenden Worten: Tamen, ut ad ſalutis timorem etiam neceſſitas periculi ſubiungatur: *ſi quis auſus fuerit praebita ſacramenta negligere*, — accusandi cunctis, tanquam crimen publicum, concedimus facultatem, quadrupli poena eo, qui convictus fuerit, modis omnibus feriendo. Wollte man endlich auf jenes Geſetz ja die vermeintliche Vermuthung bauen, ſo würden doch die Vermuthungen anderer Geſetze [7]) entgegen ſtehen, in welchen es heißt: *perturbatione mortis preſſum facile eorum, quae eſſent acta, obliviſci*; es würde alſo hier eine Colliſion entſtehen, in welcher doch immer jene allgemeine Präſumtion der beſondern würde weichen müſſen. Nicht zu gedenken, daß derjenige, welcher wider beſſeres Wiſſen und Ueberzeugung einen Eid acceptirt hätte, von einem ſo ſchnellen Tode überraſcht werden kann, daß ihm weder Zeit noch Faſſung übrig blieb, die begangene Handlung zu bedenken, und ſolche zu widerrufen. Wie läßt ſich wohl in einem ſolchen Falle nach der Vernunft behaupten, daß der Acceptant, ohne die Eidesannehmung zu widerrufen, nicht geſtorben ſeyn würde, ſondern ſein Seelenheil werde bedacht haben? Cocceji [8]) ſcheint die Schwäche jenes Argumentes auch wohl gefühlt zu haben. Er ſucht daher ſeine Meinung noch vorzüglich auf den Satz zu bauen, daß derjenige, an dem es nicht gelegen, eine gewiſſe Verbindlichkeit zu erfüllen, eben ſo anzuſehen ſey, als ob er derſelben ein Genüge geleiſtet hätte. Allein auch dieſe Regel iſt in ihrer Allgemeinheit

7) *Nov. XVIII. cap. 6.*

8) Iur. civ. contr. h. t. Qu. 40.

heit offenbar unrichtig [9]), und findet nach den klaren Worten der von Cocceji angeführten Gesetzstelle, *L.* 39. *D. de Reg. iur.* In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae fit, quominus fiat; blos in dem besondern Falle Anwendung, wo Jemand durch des Andern Schuld an Erfüllung seiner Verbindlichkeit gehindert worden ist.

Wenn nun gleich aus allem diesen klar hervorgeht, daß die Meinung derjenigen, welche ohne Unterschied behaupten, daß der Tod dem Eidschwur gleich zu achten sey, wenn der Delat, der den ihm zugeschobenen Eid angenommen hatte, vor der wirklichen Abschwörung verstirbt, auf keine Weise gerechtfertiget werden kann; so würde es doch auf der andern Seite wider alle Billigkeit und Rechtsanalogie streiten, wenn wir aus dem lächerlichen Grunde des Baldus: *Quod non omnis moriens sit Iohannes Evangelista*, ohne alle Ausnahme das Gegentheil behaupten wollten. Zwar läßt sich nach der Natur der Sache allerdings als Regel annehmen, daß ein Eid blos darum, weil er von dem Delaten angenommen worden ist, noch keinesweges für abgeschworen zu halten sey, wenn gleich der Tod des Acceptanten die Ablei-stung desselben gehindert hätte. Denn man betrachte den gerichtlich zugeschobenen Eid als Beweismittel; so versteht es sich ja von selbst, daß dieses anders nicht von Wirkung seyn kann, als wenn der intendirte Beweis dadurch wirklich voll-

9) S. EMMINGHAUS ad *Coccejum*. Tom. I. Lib. II. Tit. 14. Qu. 38. not. z. pag. 260. Man vergleiche z. B. *L. ult. D. de condict. caus. dat. causa non sec.* und *L.* 15. §. 6. *D. locati.* Dahingegen enthält *L.* 38. §. 1. *D. eod.* und *L.* 1. §. 13. *D. de extraord. cognit.* ein besonderes Recht.

vollführt, folglich der angenommene Eid entweder wirklich abgeschworen oder verweigert worden ist. Der Tod des Acceptanten an und für sich enthält weder für das eine noch für das andere einen hinreichenden Grund. Oder man betrachte den deferirten Eid als einen Transact; so ist wiederum die Eidesableistung die Bedingung, welche erfüllt werden muß, wenn der Deferent für sachfällig soll erklärt werden können. Diese Bedingung kann zu desselben Nachtheil, bloß wegen des eingetretenen Todes des Acceptanten, nach Recht und Billigkeit nicht für erfüllt gehalten werden, sofern dem Deferenten, wegen der Nichtableistung des Eides keine Schuld zur Last fällt, wenn man zumal erwägt, daß nach gemeinen Rechten der Deferent den Eidesantrag nach Willkühr bis zur Ableistung zurücknehmen darf [10]). Diese Freyheit würde ja demselben auf eine ungerechte Art entzogen werden, wenn der Eid, wegen des erfolgten Todes des Acceptanten, für abgeschworen angenommen würde. Allein jene Regel ist doch nicht ohne Ausnahme.

Um nun also die Frage, ob und in wiefern ein gerichtlich deferirter Eid, wenn dessen Ableistung durch den erfolgten Tod des Acceptanten verhindert worden ist, für abgeleistet zu halten sey, oder nicht? gründlich zu entscheiden; so sind folgende Fälle zu erörtern.

1) Der Verstorbene, welcher den ihm zugeschobenen Eid angenommen hatte, ist durch des Deferenten Schuld gehindert worden, ihn vor seinem Tode abzuschwören. Hier

10) *L. 11. C. de reb. cred. Cap. 9. X. de fide instrum.*

Hier ist der Eid für abgeleistet anzusehen, es wäre denn, daß der verstorbene Acceptant wegen Meineides verdächtig gewesen, und deswegen nicht zur Ableistung hätte gelassen werden können [11]). Außerdem muß der Deferent billig die Folgen des von ihm veranlaßten Verzugs tragen [12]). Der eigentliche Grund, warum in diesem Falle der Eid für abgeleistet angenommen werden muß, ist die schon oben angeführte Rechtsregel [13]: *In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium mora fit, quo minus fiat.* Hierzu kommt noch ein anderer Grund. Derjenige, welcher sich der Eideszuschiebung bedient, geht zugleich mit dem Delaten die Bedingung ein, daß er seine Behauptung aufgeben wolle, im Falle dieser den Eid über das Gegentheil ableisten würde [14]). Wenn nun der Delat den Eid angenommen, und sich zu dessen Ableistung bereit erklärt hat, der Deferent aber durch seine Handlungen es dahin bringt, daß jene Bedingung nicht erfüllet wird, so muß sie zu seinem Nachtheil, damit der andere nicht dadurch leide, für erfüllt gehalten werden. Es ist auch dieses in den Gesetzen klar verordnet. In iure civili receptum est, sagt Ulpian [15]) *quotiens per eum, cuius interest, conditionem non*

11) Man vergleiche hier vorzüglich des Hect. Wilh. von Günderrode, genannt von Kellner, Werke aus dem teutschen Staats- und Privatrecht 2. Band Nr. 7. §. 3. S. 235. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4522. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 40. not. 2.

12) *L. 173. §. 2. D. de Reg. iur.* Unicuique sua mora nocet.

13) *L. 39. D. de reg. iur.*

14) *L. 3. D. h. t.*

15) *L. 161. D. eodem. L. 24. D. de condit. et demonstrat.* Man sehe auch *Pufendorf* Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 56.

ſey, durch jene Worte eine allgemeine Regel aufzuſtellen, ergiebt ſich aus den unmittelbar darauf folgenden Worten: Tamen, ut ad ſalutis timorem etiam neceſſitas periculi ſubiungatur: *ſi quis auſus fuerit praebita ſacramenta negligere*, — accusandi cunctis, tanquam crimen publicum, concedimus facultatem, quadrupli poena eo, qui convictus fuerit, modis omnibus feriendo. Wollte man endlich auf jenes Geſetz ja die vermeintliche Vermuthung bauen, ſo würden doch die Vermuthungen anderer Geſetze [7]) entgegen ſtehen, in welchen es heißt: *perturbatione mortis preſſum facile eorum, quae eſſent acta, obliviſci*; es würde alſo hier eine Colliſion entſtehen, in welcher doch immer jene allgemeine Präſumtion der beſondern würde weichen müſſen. Nicht zu gedenken, daß derjenige, welcher wider beſſeres Wiſſen und Ueberzeugung einen Eid acceptirt hätte, von einem ſo ſchnellen Tode überraſcht werden kann, daß ihm weder Zeit noch Faſſung übrig blieb, die begangene Handlung zu bedenken, und ſolche zu widerrufen. Wie läßt ſich wohl in einem ſolchen Falle nach der Vernunft behaupten, daß der Acceptant, ohne die Eidesannehmung zu widerrufen, nicht geſtorben ſeyn würde, ſondern ſein Seelenheil werde bedacht haben? Cocceji [8]) ſcheint die Schwäche jenes Argumentes auch wohl gefühlt zu haben. Er ſucht daher ſeine Meinung noch vorzüglich auf den Satz zu bauen, daß derjenige, an dem es nicht gelegen, eine gewiſſe Verbindlichkeit zu erfüllen, eben ſo anzuſehen ſey, als ob er derſelben ein Genüge geleiſtet hätte. Allein auch dieſe Regel iſt in ihrer Allgemeinheit

7) *Nov. XVIII. cap. 6.*

8) Iur. civ. contr. h. t. Qu. 40.

heit offenbar unrichtig [9]), und findet nach den klaren Worten der von Cocceji angeführten Gesetzstelle, *L.* 39. *D. de Reg. iur.* In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit, quominus fiat; blos in dem besondern Falle Anwendung, wo Jemand durch des Andern Schuld an Erfüllung seiner Verbindlichkeit gehindert worden ist.

Wenn nun gleich aus allem diesen klar hervorgeht, daß die Meinung derjenigen, welche ohne Unterschied behaupten, daß der Tod dem Eidschwur gleich zu achten sey, wenn der Delat, der den ihm zugeschobenen Eid angenommen hatte, vor der wirklichen Abschwörung verstirbt, auf keine Weise gerechtfertiget werden kann; so würde es doch auf der andern Seite wider alle Billigkeit und Rechtsanalogie streiten, wenn wir aus dem lächerlichen Grunde des Baldus: *Quod non omnis moriens sit Iohannes Evangelista*, ohne alle Ausnahme das Gegentheil behaupten wollten. Zwar läßt sich nach der Natur der Sache allerdings als Regel annehmen, daß ein Eid blos darum, weil er von dem Delaten angenommen worden ist, noch keinesweges für abgeschworen zu halten sey, wenn gleich der Tod des Acceptanten die Ablei-stung desselben gehindert hätte. Denn man betrachte den gerichtlich zugeschobenen Eid als Beweismittel; so versteht es sich ja von selbst, daß dieses anders nicht von Wirkung seyn kann, als wenn der intendirte Beweis dadurch wirklich voll-

9) S. EMMINGHAUS ad *Coccejum*. Tom. I. Lib. II. Tit. 14. Qu. 38. not. 2. pag. 260. Man vergleiche z. B. *L. ult. D. de condict. caus. dat. causa non sec.* und *L.* 15. §. 6. *D. locati.* Das hingegen enthält *L.* 38. §. 1. *D. eod.* und *L.* 1. §. 13. *D. de extraord. cognit.* ein besonderes Recht.

non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset.

2) Der verstorbene Acceptant hat durch seine eigene Schuld die Ableistung des Eides verzögert. Hier ist der Eid nach der Regel, daß jeder die Folgen des von ihm veranlaßten Verzugs tragen muß [16]), für desert anzusehen. Jedoch ist auch hier der Fall auszunehmen, wenn der Acceptant aus rechtmäßiger Ursache, z. B. weil gegen die Eidesformel eine gegründete Einwendung war gemacht worden, von dem Richter selbst einen Aufschub erhalten hätte. Hier kann freylich der Eid nicht für desert erklärt werden. *Qui enim sine dolo malo ad iudicium provocat*, sagt Julian [17]), *non videtur moram facere.*

3) Es fällt keinem von beyden Theilen, weder dem Deferenten, noch dem Acceptanten, eine Schuld zur Last, daß der angenommene Eid nicht abgeleistet worden ist. Hier ist der acceptirte Eid weder pro praestito noch pro deserto zu halten [18]), sondern es kommt darauf an, ob die Erben schwören können, oder nicht. Im ersten Falle kann ihnen der Eid deferirt werden. Daß sie aber auch den Eid noch zurückschieben können, leidet keinen Zweifel. In dem letztern Falle hingegen geht durch den Tod des Acceptanten das Beweismittel der Eidesdelation verlohren. Denn der frühzeitige Tod des Acceptanten ist hier als ein bloßer

16) *L. 173. §. 2. D. de div. reg. iur.*

17) *L. 63. D. eodem.*

18) LAUTERBACH Diss. de relatione iurisiurandi §. 24. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 275. und HOPACKER Tom. III. §. 4522

bloßer Zufall anzusehen, durch welchen nach der Regel: *casus fortuiti a nemine praestantur* [19]), Niemand leiden kann, als diejenige Parthey, welche durch die Eideszuschiebung ein Recht erlangen oder beweisen wollte. Es muß also nun der Deferent einen andern Beweis antreten, und es kann ihm, wenn etwa die Beweisfrist unterdessen verstrichen seyn sollte, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ex clausula Praetoris generali nicht abgeschlagen werden [20]). Denn da dem Deferenten wegen des unvorhergesehenen Todesfalles des Acceptanten kein Verschulden zur Last fällt, so muß ihm diese Rechtshülfe noch billig zu statten kommen [21]).

Es fragt sich aber, ob diese Grundsätze auch in dem Falle anzuwenden sind, wenn sich diejenige Parthey, welcher eigentlich die Verbindlichkeit der Beweisführung im Proceß nicht oblag, sondern die den Beweis von ihrem Gegner hätte erwarten können, dennoch freywillig der Eidesdelation bedient hätte, der Gegner auch den Eid angenommen hat, aber vor der Ableistung desselben stirbt? Man sollte glauben, daß in diesem Falle der Eid ohne Unterschied für abgeschworen zu halten sey, weil hier der Deferent ein besonderes Vertrauen in die Gewissenhaftigkeit seines Gegners gesetzt zu haben scheint [22]). Allein, genau erwo-

19) *L. 23. in fin. D. de div. reg. iur.*

20) S. GROLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 95. a. E. S. 179.

21) S. Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses 2. Band Nr. XXXIX. §. 6.

22) Dies ist auch Hrn. Prof. Malblancs Meinung in seinem klassischen Werke de iureiur. §. 56. pag. 202.

erwogen, hat dieser Grund zu wenig Gewicht, um von den vorgetragenen Grundsätzen in diesem besondern Falle abzuweichen. Denn es kann ja überhaupt von dem Eide nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn es möglich ist, daß, unter der Voraussetzung, in dem Zutrauen auf die Moralität des Schwörenden nicht getäuscht zu werden, durch den Eid die Wahrheit ausgemittelt werden kann [23]). Wer also sich der Eidesdelation bedient, setzt allemal ein besonderes Zutrauen in die Gewissenhaftigkeit des Schwörenden, und glaubt, er werde sein Gewissen bedenken, und keinen falschen Eid schwören, besonders wenn den Deferenten zum Eidesantrage gar keine Noth trieb. Wie kann also aus diesem Grunde der Eid pro praestito gehalten werden, wenn der Acceptant vor der Ableistung verstirbt [24])?

§. 803.

II) Zurückschiebung des Eides, und deren Folgen.

Will derjenige, welchem der Eid gerichtlich deferirt worden ist, ihn nicht annehmen, so kann er auch erklären, daß er die Forderung seines Gegners für gegründet annehmen wolle, wenn dieser den Eid selbst schwören würde, das heißt, er kann den Eid zurückschieben [25]). Es kommt hier auf zwey Fragen an.

1) Wenn

23) S. *Grolman* Theorie §. 92. S. 170.

24) Man vergleiche hier des Dr. Adam Seyfrid oben angef. Diss. resolv. quaestion. Num iuram. delatum in iudicio acceptatumque, interven. morte accept. haberi pro praestito queat? §. 46.

25) In der *L.* 25. §. 1. *D. de constit. pecun.* wird gesagt: Nemo dubitat, *modestius facere*, qui referat, quam ut ipse iuret.

1) Wenn findet die Zurückschiebung des Eides Statt? Da auch die Zurückschiebung des Eides eine Art der Eidesdelation ist [26]); so kann sie nur unter den Bedingungen geschehen, unter welchen überhaupt die Eideszuschiebung zulässig ist [27]). Sie findet also nur dann Statt,

a) wenn der Deferent von der Sache, worüber ihm der Eid zurückgeschoben worden, Wissenschaft haben kann, oder haben muß, und es ist übrigens gleichviel, die Handlung, welche den Gegenstand des zu schwörenden Eides ausmacht, mag eine gemeinschaftliche, das ist, eine solche seyn, woran beyde Partheyen, sowohl der Deferent als Referent, gleichen Antheil genommen haben, oder eine fremde [28]). Ist daher der Eid dem Gegner über desselben eigene Handlung zugeschoben worden, wovon nur er aus eigener Wissenschaft unterrichtet seyn kann, z. B. es ist bey einer Injurienklage der Eid über die Absicht zu beleidigen deferirt worden, oder die Eideszuschiebung betrift sonst ein dem Delaten Schuld gegebenes eigenes Verbrechen; so findet keine Zurückschiebung Statt, und es ist der Deferent auch nicht einmal den Eid des Glaubens zu schwören verbunden [29]). Ulpian sagt *L.* 11. §. 1. *D. rer. amot.* Qui

26) Cit. *L.* 25. §. 1. *D. de pecun. constit.*

27) S. *Weisg. Ad.* LAUTERBACH Diss. de relatione iurisiurandi. *Tub.* 1674. §. 12. und *Ge. Lud.* BOEHMERI Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum relatumque §. 17.

28) S. LAUTERBACH cit. Diss. §. 43. und besonders Joh. Lud. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien. 2. Band Nr. XXXXI. §. 1. u. 2.

29) S. LAUTERBACH cit. Diss. §. 72. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 39. Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. Bds

erwogen, hat dieser Grund zu wenig Gewicht, um von den vorgetragenen Grundsätzen in diesem besondern Falle abzuweichen. Denn es kann ja überhaupt von dem Eide nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn es möglich ist, daß, unter der Voraussetzung, in dem Zutrauen auf die Moralität des Schwörenden nicht getäuscht zu werden, durch den Eid die Wahrheit ausgemittelt werden kann [23]). Wer also sich der Eidesdelation bedient, setzt allemal ein besonderes Zutrauen in die Gewissenhaftigkeit des Schwörenden, und glaubt, er werde sein Gewissen bedenken, und keinen falschen Eid schwören, besonders wenn den Deferenten zum Eidesantrage gar keine Noth trieb. Wie kann also aus diesem Grunde der Eid pro praestito gehalten werden, wenn der Acceptant vor der Ableistung verstirbt [24])?

§. 803.

II) Zurückschiebung des Eides, und deren Folgen.

Will derjenige, welchem der Eid gerichtlich deferirt worden ist, ihn nicht annehmen, so kann er auch erklären, daß er die Forderung seines Gegners für gegründet annehmen wolle, wenn dieser den Eid selbst schwören würde, das heißt, er kann den Eid zurückschieben [25]). Es kommt hier auf zwey Fragen an.

1) Wenn

23) S. *Grolman* Theorie §. 92. S. 170.

24) Man vergleiche hier des Dr. Adam Seyfrid oben angef. Diss. resolv. quaestion. Num iuram. delatum in iudicio acceptatumque, interven. morte accept. haberi pro praestito queat? §. 46.

25) In der *L.* 25. §. 1. *D. de constit. pecun.* wird gesagt: Nemo dubitat, *modestius facere*, qui referat, quam ut ipse iuret.

1) Wenn findet die Zurückschiebung des Eides Statt? Da auch die Zurückschiebung des Eides eine Art der Eidesdelation ist [26]); so kann sie nur unter den Bedingungen geschehen, unter welchen überhaupt die Eideszuschiebung zulässig ist [27]). Sie findet also nur dann Statt,

a) wenn der Deferent von der Sache, worüber ihm der Eid zurückgeschoben worden, Wissenschaft haben kann, oder haben muß, und es ist übrigens gleichviel, die Handlung, welche den Gegenstand des zu schwörenden Eides ausmacht, mag eine gemeinschaftliche, das ist, eine solche seyn, woran beyde Partheyen, sowohl der Deferent als Referent, gleichen Antheil genommen haben, oder eine fremde [28]). Ist daher der Eid dem Gegner über desselben eigene Handlung zugeschoben worden, wovon nur er aus eigener Wissenschaft unterrichtet seyn kann, z. B. es ist bey einer Injurienklage der Eid über die Absicht zu beleidigen deferirt worden, oder die Eideszuschiebung betrift sonst ein dem Delaten Schuld gegebenes eigenes Verbrechen; so findet keine Zurückschiebung Statt, und es ist der Deferent auch nicht einmal den Eid des Glaubens zu schwören verbunden [29]). Ulpian sagt *L.* 11. §. 1. *D. rer. amot.* Qui

26) Cit. *L.* 25. §. 1. *D. de pecun. constit.*

27) S. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diss. de relatione iurisiurandi. *Tub.* 1674. §. 12. und *Ge. Lud.* BOEHMERI Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum relatumque §. 17.

28) S. LAUTERBACH cit. Diss. §. 43. und besonders Joh. Lud. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien. 2. Band Nr. XXXXI. §. 1. u. 2.

29) S. LAUTERBACH cit. Diss. §. 72. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 39. Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. Bds

Qui rerum amotarum instituit actionem, si velit magis iusiurandum deferre, cogitur aduersarius iurare: *nihil divortii causa amotum esse*: und §. 3. fügt er hinzu: Si quis delatum sibi iusiurandum *referre velit*, non videtur Praetor permisisse; womit noch *L.* 12. *eodem* zu verbinden, wo Paulus sagt: Non magis, quam si quis ei, qui furti agat, iusiurandum deferat, an ipse fur sit. In der *L.* 13. D. eodem bestätigt Ulpian seine Meinung noch durch die Auctorität des Labeo, wenn er sagt: Ideo *Labeo* scribit, mulieri non esse permittendum, *referre iusiurandum*: et ita Edictum ordinatum videtur. Wenn nun gleich alle diese Stellen zwar nur von einer eigenen unerlaubten Handlung des Delaten reden, so ist es doch keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß auch bey einer eigenen erlaubten Handlung desselben das Nämliche Statt finde, wenn nämlich nur der Delat, nicht aber der Deferent davon hinlänglich unterrichtet ist [30]). Wie aber, wenn die eigene Handlung des Gegners z. B. des Beklagten, so beschaffen wäre, daß der Kläger hiervon eine gleiche Wissenschaft hätte, würde nicht in diesem Falle eine Zurückschiebung des Eides Statt haben? Es scheint mir darauf anzukommen, ob die eigene Handlung des Beklagten, welche den Gegenstand der Eidesdelation ausmacht, eine erlaubte, oder unerlaubte sey. In dem ersten Falle hat die Zulässigkeit der Zurückschiebung nicht den mindesten Zwei-

4. Th. Decis. CLXXVI. Nr. 2. BOEHMER cit. Diss. §. 17. Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 9. Band. Medit. 450. S. 129. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1164. 2. E.

30) S. BOEHMER cit. Diss. §. 17. in fin. und Schmidts hinterlassene Abhandlungen. 2. B. Nr. 41. §. 3.

Zweifel [31]). In dem letztern Falle hingegen iſt wieder zu unterſcheiden. Der Kläger hat entweder dem Beklagten über die ihm Schuld gegebene eigene Handlung den Eid deferirt, oder der Beklagte hat dem Kläger darüber den Eid zugeſchoben. Im erſten Falle findet keine Zurückſchiebung Statt. Alle die oben angeführten Geſetze ſagen dieſes einſtimmig. Gemeiniglich ſetzen zwar die Rechtsgelehrten den Grund darin, weil der Beklagte am beſten wiſſen müſſe, ob er ſchuldig oder unſchuldig ſey, welches hingegen der Kläger nicht immer mit vollkommener Gewißheit behaupten könne; ſie wollen daher, wenn das letztere wirklich der Fall ſeyn ſollte, auch ſogar dem Beklagten über das ihm Schuld gegebene eigene Verbrechen die Zurückſchiebung des Eides geſtatten [32]). Allein alle oben angeführten Geſetzſtellen ſagen ausdrücklich, daß der Beklagte den ihm über ſein eigenes unerlaubtes Factum zugeſchobenen Eid abzuſchwören ſchuldig, und demſelben die Zurückſchiebung durchaus nicht zu geſtatten ſey. Eben dieſes beſtätigt auch noch eine deutliche Stelle des canoniſchen Rechts, *cap. ult. princ. X. h. t.* wo es heißt: Nec liceat convento famoſa actione referre huiusmodi iuramentum. Der Grund ſcheint alſo vielmehr darin zu liegen, weil der Beklagte, welcher in einem Falle, wo er in Gefahr iſt, ſeinen guten Namen zu verlieren, dennoch das ihm ſelbſt an die Hand gegebene Mittel, wodurch er ſofort

31) LAUTERBACH Diſſ. cit. §. 75.

32) S. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XXIV. cap. 21. pag. 1321. BRUNNEMANN Commentar. ad L. 11. D. rerum amotar. und POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. II. Lib. XXV. Tit. 2. Nr. XVIII. not. h. pag. 79.

alle Gefahr abwenden, und seine Ehre retten konnte, ausschlägt, und die Entscheidung der Sache auf den Eid des Klägers ankommen lassen will, durch die Zurückschiebung des Eides offenbar den Verdacht eines bösen Gewissens wider sich erwekt [33]), der Kläger ist daher den ihm zurückgeschobenen Eid um so weniger zu schwören schuldig, je unbilliger es überhaupt seyn würde, ihn zu nöthigen, daß er über ein fremdes Factum schwöre [34]). Ganz anders würde sich hingegen die Sache verhalten, wenn der Beklagte dem Kläger über eine ihn gravirende Behauptung seines Klagegrundes, z. B. daß der Kläger es selbst gesehen, daß der Beklagte ihm seine Sache entwendet habe, den Eid zugeschoben hätte. Daß in diesem Falle der Beklagte dem Kläger den Eid zuschieben könne, leidet keinen Zweifel. Es läßt sich dieses aus einer Stelle des Paulus klar beweisen, wo es heißt [35]): Item POMPONIUS ait, eum, *qui furtum sibi factum alicuius rei iuravit*, non statim etiam condictionis causam nanciscí. Zwar ist hier eigentlich nur von einem außergerichtlichen Eide die Rede, wie daraus erhellet, daß gesagt wird, der Eid begründe hier nicht schlechterdings die condictio furtiva, weil diese nur dem Eigenthümer zusteht [36]). Es muß aber eben dieses auch bey einem gerichtlichen Eide Statt finden, weil hier der Kläger sich auf eigene Wissenschaft gründet [37]). Daß nun

33) S. LAUTERBACH cit. Diss. §. 66. 67. et 68. und *Gonzalez de Tellez* Commentar. in Decretal. ad cap. ult. X. de iureiur. Tom. II. pag. 616.

34) *L. 11. §. 2. D. Rerum. amotar.*

35) *L. 21. §. 9. D. h. t.* Add. *L. 9. §. 2. D. eodem.*

36) S. POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XXXV. not. h

37) S. SETTER de iurament. Lib. IV. cap. 6. nr. 11.

nun aber in diesem Falle der Kläger befugt sey, dem Beklagten den Eid zurückzuschieben, läßt sich darum nicht bezweifeln, weil hier dem Kläger weder ein Gesetz entgegensteht, noch auch der Grund hier eintritt, aus welchem die Gesetze dem Beklagten die Zurückschiebung des Eides nicht erlauben [38]). Die Zurückschiebung des Eides setzt ferner

b) voraus, daß der Deferent auch fähig sey, den Eid abzulegen, und der Delat die Fähigkeit habe, den Eid zurückzuschieben. Denn auch die Befugniß, den Eid zurückzuschieben, hängt von der freyen Disposition über seine Rechte ab. Wer also einen Eid zu deferiren nicht fähig ist, kann auch einen zugeschobenen Eid nicht referiren [39]). Nur darin unterscheidet sich die Zurückschiebung von der Eidesdelation, daß der Zurückschiebende keinem Eide für Gefährde ausgesetzt ist [40]).

2) Worin besteht die Wirkung der Zurückschiebung des Eides? Man unterscheide. Die Zurückschiebung war entweder

A) in einem solchen Falle geschehen, wo sie zulässig ist. Dann hat sie

a) auf Seiten des Deferenten, dem der Eid zurückgegeben worden ist, die Wirkung, daß dieser den Eid schlechterdings schwören muß, und ihn weder referiren,

38) LAUTERBACH Diss. cit. §. 68.

39) S. LAUTERBACH Diss. cit. §. XII. sqq.

40) *L. 34. §. 7. D. h. t.* Sed nec *iusiurandum de calumnia* referenti defertur: quia non est ferendus actor, si conditionis, quam ipse detulit, de calumnia velit sibi iurari.

dem Referenten noch freystehe, die geschehene Zurückschiebung zu widerrufen. Sie nehmen dieß den Fall an, wenn derselbe neuen Beweis gefunden hätte, und bescheinigen oder eidlich erhärten könnte, daß er von demselben vorher keine Wissenschaft gehabt habe. Die richtigste Meinung ist wohl die, daß dem Referenten die Zurücknahme des referirten Eides in eben der Maße zu gestatten sey, wie dies dem Deferenten erlaubt ist [46]). Denn beyde Theile müssen hierin gleiche Rechte haben, nachdem einmal in der *L.* 11. *C. de reb. cred.* der Satz aufgestellt ist, daß die Zurücknahme eines deferirten Eides bis zur Ablegung desselben nach Willkühr Statt haben solle.

B) Die Zurückschiebung des Eides ist in einem solchen Falle geschehen, wo sie unzulässig ist. Hier zieht sie die Desertion des zugeschobenen Eides nach sich, und der Delat wird pro iurare nolente gehalten [47]).

Uebrigens muß die Zurückschiebung des Eides in eben der Maße geschehen, wie der Eid angetragen ward, nur aber freilich in der umgekehrten Form der Zuschiebung [48]). Jedoch können zuweilen die besondern Umstände der Sache oder die besondern Verhältnisse der Personen eine Aenderung nothwendig machen [49]). Zuweilen ist auch der referirte Eid nur ein Glaubenseid, denn der De-

46) LEYSER Medit. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXXIX. Cor. 2. EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 30. not. h. und THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1164.

47) Danz Grds. des ord. Processes §. 378. Anderer Meinung ist jedoch Oelze in der Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 242. S. 371. lit. cc.

48) Martin Lehrbuch des bürgerl. Processes §. 216.

49) *L.* 34. §. 8. *D. h. t.*

Deferent leistet den Eid nach dem Grade seiner möglichen Wissenschaft von der Sache [50]).

§. 804.

III. Gewissensvertretung. Ursprung und Wirkung derselben.

Derjenige, welchem ein Haupteid im Prozeß ist zugeschoben worden, wenn er den Eid weder selbst schwören, noch denselben zurückschieben will, kann jetzt beydes dadurch abwenden, wenn er bereit ist, die Unwahrheit des Beweis-Satzes welche er beschwören sollte, durch andere Beweismittel darzuthun. Dies nennt man sein Gewissen mit Beweis vertreten [51]). Ob diese Gewissensvertretung schon in dem römischen Rechte gegründet sey, oder bloß der Praxis ihren Ursprung verdanke, ist streitig. Das Letzte behaupten die meisten [52]). Nur wenige sind mir bekannt, welche das Erste zu behaupten gesucht haben [53]). Die erste Meinung verdient auch unstreitig den Vorzug, weil die Beweise für die letzte auf einem nichtigen oder unsichern Grunde

50) LAUTERBACH Diss. de relat. iurisiur. §. 79.

51) GRIEBNER Diss. de probationum, quae iurisiurandi declinandi causa suscipiuntur, ambagibus recidendis. in Opusc. Tom. IV. Nr. 9. *Car. Ebr.* BOERNER D. de probatione pro exonerandа conscientia. *Erf. 1731.*

52) BAUER Pr. de defensione conscientiae per probationem iure communi fundata. *Lipsiae 1753.* (in *Opusc.* Tom. I.) Danz Grds. des ordentl. Processes §. 380. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1164. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 1233. u. a. m.

53) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. MALBLANC de iureiur. §. 58. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4519. not. f.

dem Referenten noch freyſtehe, die geſchehene Zurückſchiebung zu widerrufen. Sie nehmen bloß den Fall aus, wenn derſelbe neuen Beweis gefunden hätte, und beſcheinigen oder eidlich erhärten könnte, daß er von demſelben vorher keine Wiſſenſchaft gehabt habe. Die richtigſte Meinung iſt wohl die, daß dem Referenten die Zurücknahme des referirten Eides in eben der Maße zu geſtatten ſey, wie dies dem Deferenten erlaubt iſt [46]). Denn beyde Theile müſſen hierin gleiche Rechte haben, nachdem einmal in der *L.* 11. *C. de reb. cred.* der Satz aufgeſtellt iſt, daß die Zurücknahme eines deferirten Eides bis zur Ableiſtung deſſelben nach Willkühr Statt haben ſolle.

B) Die Zurückſchiebung des Eides iſt in einem ſolchen Falle geſchehen, wo ſie unzuläſſig iſt. Hier zieht ſie die Deſertion des zugeſchobenen Eides nach ſich, und der Delat wird pro iurare nolente gehalten [47]).

Uebrigens muß die Zurückſchiebung des Eides in eben der Maße geſchehen, wie der Eid angetragen ward, nur aber freilich in der umgekehrten Form der Zuſchiebung [48]). Jedoch können zuweilen die beſondern Umſtände der Sache oder die beſondern Verhältniſſe der Perſonen eine Aenderung nothwendig machen [49]). Zuweilen iſt auch der referirte Eid nur ein Glaubenseid, denn der De-

46) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXXIX. Cor. 2. EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 30. not. h. und THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1164.

47) Danz Grdſ. des ord. Proceſſes §. 378. Anderer Meinung iſt jedoch Oelze in der Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 242. S. 371. lit. cc.

48) Martin Lehrbuch des bürgerl. Proceſſes §. 216.

49) *L.* 34. §. 8. *D. h. t.*

Deferent leistet den Eid nach dem Grade seiner möglichen Wissenschaft von der Sache [50]).

§. 804.

III. Gewissensvertretung. Ursprung und Wirkung derselben.

Derjenige, welchem ein Haupteid im Prozeß ist zugeschoben worden, wenn er den Eid weder selbst schwören, noch denselben zurückschieben will, kann jetzt beydes dadurch abwenden, wenn er bereit ist, die Unwahrheit des Beweis-Satzes welche er beschwören sollte, durch andere Beweismittel darzuthun. Dies nennt man sein Gewissen mit Beweis vertreten [51]). Ob diese Gewissensvertretung schon in dem römischen Rechte gegründet sey, oder bloß der Praxis ihren Ursprung verdanke, ist streitig. Das Letzte behaupten die meisten [52]). Nur wenige sind mir bekannt, welche das Erste zu behaupten gesucht haben [53]). Die erste Meinung verdient auch unstreitig den Vorzug, weil die Beweise für die letzte auf einem nichtigen oder unsichern Grunde

50) LAUTERBACH Diss. de relat. iurisiur. §. 79.

51) GRIEBNER Diss. de probationum, quae iurisiurandi declinandi causa suscipiuntur, ambagibus recidendis. in Opusc. Tom. IV. Nr. 9. *Car. Ebr.* BOERNER D. de probatione pro exonerando conscientia. *Erf. 1731.*

52) BAUER Pr. de defensione conscientiae per probationem iure communi fundata. *Lipsiae 1753.* (in *Opusc.* Tom. I.) Danz Grds. des ordentl. Processes §. 380. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1164. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 1233. u. a. m.

53) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. MALBLANC de iureiur. §. 58. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4519. not. f.

beruhen. Denn daß die Eidesdelation nach dem römischen Rechte nur ein subsidiarisches Beweismittel sey, setzt Voet ganz unrichtig voraus. Das Zeugniß des Quinctilians [54]) hingegen, worauf sich Herr Professor Malblanc beruft, beweißt zwar, daß die Gewissensvertretung durch Beweis sich nach der Vernunft wohl rechtfertigen lasse, weil sie dem Redlichgesinnten dazu dienen könne, um sich von allem Verdacht zu befreyen, dem man nicht immer entgeht, wenn man sein Recht nur einem Eide, und folglich seiner eigenen Moralität, und dem Glauben der Welt an dieselbe verdankt. Allein daß sie in den römischen Gerichten eingeführt gewesen sey, läßt sich schwerlich daraus erweisen. Wie unsicher der Beweis sey, der aus den Schriften und Declamationen der römischen Redner, insonderheit aber des Quinctilians, zur Begründung dessen, was bey dem Römern wirklich geltendes Recht war, genommen wird, haben schon längst andere bemerkt. Abraham Wieling [55]) sagt sehr richtig: Frustra ex declamationibus Rhetorum auctoritatem iuris peti. Und Oiselius [56]) wirft mit

54) *Institut. orat.* Lib. V. cap. 6. Is, qui defert, agere modeste videtur, cum litis adversarium iudicem faciat, et eum, cuius cognitio est, onere liberet, qui profecto alieno iureiurando stare, quam suo malit. Quo difficilior recusatio est, nisi forte res est ea, quam credibile sit, notam ipsi non esse. *Quae excusatio si deerit, hoc unum relinquetur, ut invidiam sibi quaeri ab adversario dicat, atque id agi, ut in causa, in qua vincere non possit, queri possit. Itaque hominem quidem malum occupaturum hanc conditionem fuisse, se autem probare malle, quae affirmet, quam dubium cuiquam relinquere, an peierarit.*

55) Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 22. pag. 197.

56) ad *Caji* Institutiones Lib. I. Tit. 4. Not. 3. (in SCHULTING *Iurisprud. Antejustin.* pag. 33.)

mit Recht die Frage auf: Quis adeo hospes est in bonis litteris, ut ignoret liberam illam confingendi licentiam, quam sibi Veteres in eiusmodi scholasticis exercitationibus sumsere? Ja wer sollte nicht Pürtmanns [57]) Urtheil unterschreiben, wenn er sagt: Haud fortasse erraverim, si Rhetoribus haud minus, quam poetis atque pictoribus, quidlibet audendi fingendique aequam semper potestatem fuisse dixero? Daß dies hier wirklich der Fall sey, scheint fast keinem Zweifel unterworfen zu seyn. Denn man erwäge nur, daß in dem ganzen römischen Gesetzbuche von dieser Gewissensvertretung auch nicht die geringste Spur zu finden ist. Ueberall, wo von der Eidesdelation, als einem gerichtlichen Beweismittel, die Rede ist, wird zwar dem Delaten, der nicht selbst schwören will, erlaubt, den Eid zurückzuschieben, aber nirgends wird ihm zur Abwendung des Eides der Beweis des Gegentheils erlaubt [58]), vielmehr sagt der Prätor in seinem Edict: *Eum, a quo iusiurandum petetur*, IURARE COGAM, *nisi iusiurandum referre malit* [59]). Wie verdächtig erscheint dagegen das Zeugniß des Redners! Schon Duaren [60]), dem die Stelle Quinctilians nicht unbekannt war, fühlte die Trüglichkeit dieses Beweises, und hielt die entgegengesetzte Meinung dem Geiste des römischen Rechts gemäßer, und Roch

57) Probabil. iuris civ. Lib. II. Cap. 16. pag. 124.

58) *L. 34. §. 6. et 7. D. h. t. L. 38. D. eodem L. 25. §. 1. D. de constit. pecun. L. 9. Cod. de reb. credit. et iureiur.*

59) *L. 34. §. 6. et 7. D. h. t.*

60) Commentar. in Tit. 1. Libri IV. Cod. Cap. 3. in eius *Operib.* pag. 861.

geschworen werden sollen [69]). Wird der Beweis durch Zeugen geführt, so sind auch Fragstücke auf die übergebenen Beweisartikel erlaubt, und dürfen solche, als ein Vertheidigungsmittel des Deferenten, von dem Richter nicht abgeschnitten werden [70]). Eben deswegen findet auch bey der Gewissensvertretung ein Gegenbeweis Statt [71]). Viele [72]) sind zwar anderer Meinung. Sie sind aber durch unrichtige Ansicht der Sache zu falschen Resultaten verleitet worden. Denn sie betrachten entweder die Gewissensvertretung als einen Gegenbeweis, welches sie doch nicht ist, wie Gönner [73]) ganz überzeugend dargethan hat,

69) Nicht auf Einreden, welche des Deferenten Behauptung entgegenstehen. S. Westphals Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 21.

70) Claproth ord. bürgerl. Proceß §. 327. und Danz Grundsätze des ordentl. Processes §. 380. Das Gegentheil behaupten zwar STRYK in Caut. iuramentor. P. III. Sect. II. Cap. 5. nr. 92. und Knorr in der Anleit. zum bürgerl. Proceß Hauptst. XIII. §. 27. Allein man sehe der Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 10. Band Medit. 536.

71) SCHENK *van* NYDEGGEN Diss. de probatione contra exonerationem conscientiae per probationem. *Duisburgi 1797.* Gönner im angef. Handbuch II. 48. und die Gebr. Overbek in den Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 11. Band Medit. 553. haben dieses hinlänglich bewiesen. Ihnen stimmt auch Martin im Lehrbuch des bürg. Processes §. 217. Not. p. bey.

72) Ausser den not. 67. angeführten auch MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 58. pag. 211. Oelze Anleit. zur gerichtl. Praxis §. 215. Danz Grundş. des ord. Processes §. 380. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4519. A. e. und THIBAUT im Syst. des P. R. 3. B. §. 1164.

73) a. a. O.

hat, oder ſie ſoll ein Surrogat des Eides ſeyn, da doch durch die Gewiſſensvertretung der angetragene Eid ſuſpendirt wird, und eine neue Beweisführung eintritt, wowider dem Deferenten der Gegenbeweis um ſo weniger verſagt werden kann, da er ein nothwendiges Vertheidigungsmittel iſt, und zu mehrerer Aufklärung der ſtreitigen Sache dient. Man kann auch nicht ſagen, der Deferent habe ſich durch die Eideszuſchiehung aller andern Beweiſe begeben; denn dies wäre nur dann der Fall, wenn die Sache durch wirkliche Ableiſtung des Eides wäre beendiget worden. So aber iſt ja nun der Stand der Sache geändert, und der Delat Beweisführer geworden. Sollte denn dies nur dem Delaten erlaubt, der Deferent aber vom rechtlichen Vertheidigungsmittel wider den Beweis ſeines Gegners ausgeſchloſſen ſeyn? Wie läßt ſich eine ſolche Ungleichheit der Rechte unter den Partheyen rechtfertigen? Die Antretung des Beweiſes geſchieht übrigens binnen eben der Friſt, welche dem Delaten geſetzt war, um ſich über den Eid zu erklären, ſonſt muß ihm dazu ein peremtoriſcher Termin geſetzt werden [74]).

Die Wirkung dieſer Gewiſſensvertretung beſteht nun darin.

1) Hat der Gewiſſensvertreter einen vollkommenen Beweis hergeſtellt, ſo fällt nun die Eidesdelation als überflüſſig weg.

2) Hat

74) S. *Mart. Iac.* FABER Diſſ. de eo, quod iuſtum eſt, ſi conſcientiam probatione defenſurus in probatione defecerit. *Goettingae 1775.* Cap. III. §. 17. und Martin im Lehrbuch des bürg. Proceſſes §. 417. not. q.

geschworen werden sollen [69]). Wird der Beweis durch Zeugen geführt, so sind auch Fragstücke auf die übergebenen Beweisartikel erlaubt, und dürfen solche, als ein Vertheidigungsmittel des Deferenten, von dem Richter nicht abgeschnitten werden [70]). Eben deswegen findet auch bey der Gewissensvertretung ein Gegenbeweis Statt [71]). Viele [72]) sind zwar anderer Meinung. Sie sind aber durch unrichtige Ansicht der Sache zu falschen Resultaten verleitet worden. Denn sie betrachten entweder die Gewissensvertretung als einen Gegenbeweis, welches sie doch nicht ist, wie Gönner [73]) ganz überzeugend dargethan hat,

69) Nicht auf Einreden, welche des Deferenten Behauptung entgegenstehen. S. Westphals Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 21.

70) Claproth ord. bürgerl. Proceß §. 327. und Danz Grundsätze des ordentl. Processes §. 380. Das Gegentheil behaupten zwar STRYK in Caut. iuramentor. P. III. Sect. II. Cap. 5. nr. 92. und Knorr in der Anleit. zum bürgerl. Proceß Hauptst. XIII. §. 27. Allein man sehe der Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 10. Band Medit. 536.

71) SCHENK *van* NYDEGGEN Diss. de probatione contra exonerationem conscientiae per probationem. *Duisburgi 1797.* Gönner im angef. Handbuch II. 48. und die Gebr. Overbek in den Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 11. Band Medit. 553. haben dieses hinlänglich bewiesen. Ihnen stimmt auch Martin im Lehrbuch des bürg. Processes §. 217. Not. p. bey.

72) Ausser den not. 67. angeführten auch MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 58. pag. 211. Oelze Anleit. zur gerichtl. Praxis §. 215. Danz Grundf. des ord. Processes §. 380. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4519. A. e. und THIBAUT im Syst. des P. R. 3. B. §. 1164.

73) a. a. O.

hat, oder sie soll ein Surrogat des Eides seyn, da doch durch die Gewissensvertretung der angetragene Eid suspendirt wird, und eine neue Beweisführung eintritt, wowider dem Deferenten der Gegenbeweis um so weniger versagt werden kann, da er ein nothwendiges Vertheidigungsmittel ist, und zu mehrerer Aufklärung der streitigen Sache dient. Man kann auch nicht sagen, der Deferent habe sich durch die Eideszuschiebung aller andern Beweise begeben; denn dies wäre nur dann der Fall, wenn die Sache durch wirkliche Ableistung des Eides wäre beendiget worden. So aber ist ja nun der Stand der Sache geändert, und der Delat Beweisführer geworden. Sollte denn dies nur dem Delaten erlaubt, der Deferent aber vom rechtlichen Vertheidigungsmittel wider den Beweis seines Gegners ausgeschlossen seyn? Wie läßt sich eine solche Ungleichheit der Rechte unter den Partheyen rechtfertigen? Die Antretung des Beweises geschieht übrigens binnen eben der Frist, welche dem Delaten gesetzt war, um sich über den Eid zu erklären, sonst muß ihm dazu ein peremtorischer Termin gesetzt werden [74]).

Die Wirkung dieser Gewissensvertretung besteht nun darin.

1) Hat der Gewissensvertreter einen vollkommenen Beweis hergestellt, so fällt nun die Eidesdelation als überflüssig weg.

2) Hat

74) S. *Mart. Iac.* FABER Diss. de eo, quod iustum est, si conscientiam probatione defensurus in probatione defecerit. *Goettingae 1775.* Cap. III. §. 17. und Martin im Lehrbuch des bürg. Processes §. 217. not. q.

2) Hat er einen unvollständigen Beweis geführt, so wird nach Verschiedenheit der Umstände auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid erkannt [75]).

3) Hat er nichts bewiesen, entweder

a) weil er sich am Beweise versäumt hat; so ist nicht allein die Gewissensvertretung nunmehr für desert, sondern auch der Eid für verweigert zu erklären [76]). Oder

b) weil der Beweis gegen ihn ausgefallen ist; so ist gleichfalls ein verdammendes Urtheil die Folge [77]). Ist hingegen

c) der Beweis zwar nicht gegen ihn, aber auch nicht für ihn ausgefallen, so kann er nun den zugeschobenen Eid noch immer annehmen oder zurückschieben [78]). Denn

75) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iud. Lib. I. Sect. I. Memb. III. Cap. V. §. 14.

76) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 559. FABER cit. Diss. Cap. III. §. 21. Martin Lehrbuch des bürg. Proc. §. 217. not. q.

77) Danz Grds. des ord. Processes §. 381.

78) de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 29. *Ge. Lud.* BOEHMER cit. Diss. §. 18. in *Elect. iur. civ.* Tom. II. pag. 678. FABER cit. Diss. §. 19. et. 20. MALBLANC de iureiur. §. 58. pag. 211. Gönner a. a. O. II. S. 498. Martin im Lehrbuch des bürgerl. Processes §. 217. Das Gegentheil behaupten zwar viele. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XVII. §. 33. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 25. LAUTERBACH Diss. de relatione iurisiur. §. 20. LEYSER Specim. CXXXIX. cor. 3. Allein man sehe der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 10. Band Medit. 537.

Denn durch die Gewissensvertretung wurden diese beyden Erklärungsarten über den Eid nur suspendirt, giengen also für den Gewissensvertreter, im Falle seines verfehlten Zwecks, auf keine Weise verlohren.

§. 805.

Ausführung des Beweises durch Eideszuschiebung. Schwörungs-Termin. Folgen des Ungehorsams.

Ist der zugeschobene Eid angenommen, oder zurückgeschoben, auch gegen die Statthaftigkeit der Zurückschiebung rechtlich nichts erinnert worden; so muß nun der Richter die Eidesformel normiren. Die Fassung selbst hängt von der Form ab, in welcher der Eid ist zugeschoben worden, und richtet sich nach dem Grade der möglichen Wissenschaft, welche derjenige, der den Eid leisten soll, von der Sache hat [79]). Anders ist daher die Formel bey einem Eide der Wahrheit, anders bey einem Glaubenseide zu fassen [80]). Ueberall muß jedoch die Eidesformel mit solcher Vorsicht abgefaßt werden, daß keine reservatio mentalis dabey Statt finden kann. Daher muß dieselbe zuvor den Partheyen mitgetheilt werden. Können sich die streitenden Theile über die Abfassung derselben nicht vereinigen, so sind sie mit ihren Erinnerungen dagegen in einem eigenen Verfahren zu hören, worüber alsdann der Richter zu entscheiden hat [81]). Der Richter kann und muß auch

79) S. HOPACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4522. in fin.

80) S. Danz Grundf. des ord. Processes §. 371. Not. d. Martins Lehrbuch des bürgerl. Processes §. 218. not. v.

81) *L. 34. §. 5. D. h. t.* Si de qualitate iuramenti inter partes dubitatum, conceptio eius arbitri iudicantis est. S. VOET

auch schon von Amtswegen an der Zuschiebung alle erhebliche Mängel verbessern, zumal wenn sie auf unerhebliche oder nicht auf alle erhebliche Umstände gerichtet seyn sollte [82]). Aus diesem Grunde hat er das Recht, die Eidesformel nach dem Zweck, für welchen der Eid als Beweismittel gebraucht wird, dem Zustande der Sache gemäß zu bestimmen; es wollten denn die Partheyen durch eine ausdrückliche Uebereinkunft ihr Recht von Beschwörung eines Umstandes abhängig machen, welcher auf die Merkmale ihres Streits keinen Einfluß hat [83]): (§. 795. S. 211. f.). Ist nun die Eidesformel normirt, so wird ein Schwörungstermin anberaumt, jedoch muß in dem Falle, da einer moralischen Person der Eid deferirt worden ist, vor Ansetzung des Termins der Gegner noch mit seiner Erklärung über die zur Ableistung des Eides vorgeschlagenen Mitglieder gehört werden [84]). Auf diesen Termin sind beyde Partheyen, theils um den Eid zu schwören, theils um zu sehen, wie er abgeleistet werde, vorzuladen. Wäre etwa der Gegner zur Beywohnung der Eidesleistung nicht besonders vorgeladen worden, so entsteht daraus keine Nichtigkeit, wenn nur sonst die Eidesleistung vorschriftsmäßig vorgenommen

Comm. ad Pand. h. t. §. 13. und von Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. 51. S. 798.

82) S. MALBLANC de iureiur. §. 60. Gönners Handbuch des gemeinen Processes 2. Band Nr. XLIX. §. 7. und Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Fakultät. 3. Band. Nr. VI. S. 139.

83) Gönner im Handbuch 1. Band Nr. X. §. 26.

84) Martins Lehrbuch §. 218. not. y. und dieser Commentar §. 795. S. 221. ff.

men worden ist, weshalb dem Gericht immer die Vermuthung der Legalität zur Seite steht [85]). Denn die bloße Vorladung des Beweisführers ad videndum iurari, wenn er nicht etwa, was der Gegentheil verlangen kann, zuerst den Eid für Gefährde schwören soll, ist nur eine monitorische, deren Unterlassung keine Nichtigkeit erzeugt [86]). Bleiben beyde Theile in dem anberaumten Termine aus, so ist der Termin circumducirt, und die Citation verliert ihre Wirkung. Bleibt aber nur ein Theil aus, so war dieser entweder bloß, um zu sehen, wie der Haupteid abgeschworen werde, citirt, oder er war selbst zur Eidesleistung vorgeladen. Im ersten Falle wird, seines ausbleibens ohngeachtet, die Eidesleistung vorgenommen [87]). In dem andern Falle hingegen war entweder die Citation eine blos dilatorische, oder eine peremtorische. Denn an sich ist auch hier die erste Ladung nicht gleich peremtorisch [88]). Das Ausbleiben in dem ersten Falle hat nur die gemeine Strafe des Ungehorsams zur Folge. War hingegen die Citation peremtorisch, so wird der Ungehorsam dessen, welcher in diesem Termin den Haupteid schwören sollte, mit der Strafe des verweigerten Eides, das

85) S. Kleins angef. Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Fakultät. 3. Band Nr. VI. S. 142. besonders auch Strubens rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 103.

86) *Grolman* Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 199. Nr. 1. S. 412.

87) *L.* 12. §. 4. *Cod. de reb. cred.* Danz Grundf. des ord. Processes §. 383. a. E.

88) Danz a. a. O. §. 382. und Martin a. a. O. §. 218. Not. 2.

ist, mit dem erdichteten Geständniß der Unwahrheit seiner Behauptung, geahndet [89]; dahingegen beym Außenbleiben dessen, welcher den Eid für Gefährde vor dem acceptirten Haupteide des Delaten ableisten sollte, der Haupteid für geleistet angenommen wird [90]. Erscheinen aber beyde Partheyen der Ladung gemäß, so muß bey einem zugeschobenen Eide, zu dessen Abschwörung der Delat bereit ist, der Deferent vorerst den Eid für Gefährde leisten. Eher kann er die Ableistung des Haupteides von seinem Gegner nicht verlangen [91]. Jedoch kann dieser auch dem Deferenten das iuramentum calumniae erlassen, so wie auch solches vom Richter aus Gründen von Amtswegen verworfen werden kann [92]. Denn der Eid für Gefährde ist der Auctorität des Richters ganz vorzüglich untergeordnet [93]. Ist aber dieser Eid dem Deferenten auferlegt, und er verweigert dessen Ableistung, so wird der Haupteid für erlassen erklärt, und der Proceß ist für den

89) *L. 38. D. h. t.* Martin §. 219.

90) *L. 37. D. h. t.*

91) *L. 34. §. 4. D. eod.* Qui iusiurandum defert, *prior de calumnia debet iurare*, si hoc exigatur; deinde sic ei iurabitur. *L. 11. §. 1. D. rerum amotar. L. 9. Cod. de reb. credit. L. ult. Cod. de fideicomm.*

92) S. MALBLANC de iureiur. §. 54. pag. 194. Claproth Einleit. in den ordentlichen bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 328. u. Danz Grundsf. des ord. Processes §. 376. Man übersehe jedoch dabey nicht Gönners Anmerkung zu Not. d. S. 557.

93) *L. 5. §. 14. D. de novi oper. nunciat.* Hoc iusiurandum *auctore Praetore* defertur.

den Deferenten verloren [94]). Bey dem zurückgeſchobenen Eide fällt hingegen der Eid für Gefährde ganz weg [95]). Wird der Haupteid nicht geleiſtet, ſo iſt er entweder von dem, welcher ihn antrug, erlaſſen, oder von dem, welcher ihn zu ſchwören ſchuldig war, verweigert worden. Im erſten Fall hat dies eben die Wirkung, als wenn der Eid wäre abgeleiſtet worden [96]). Jedoch kann eine ſolche Erlaſſung nur von dem geſchehen, welcher die freye Diſpoſition über ſein Vermögen hat, mithin von keinem Pupillen [97]). In dem andern Falle hingegen kommt es darauf an, ob die Eidesleiſtung aus einem rechtmäßigen Grunde verweigert wird oder nicht. In dem letztern Falle muß dem Eidespflichtigen die Eidesleiſtung unter der Androhung auferlegt werden, daß widrigenfalls der Eid für verweigert erklärt werden ſolle. Die Realiſirung dieſer Drohung beſteht nun darin, daß bey dem zugeſchobenen Eide, das, was durch denſelben erwieſen werden ſollte, für erwieſen, bey dem

94) *L. 37. D. h. t.* Si non fuerit remiſſum iusiurandum ab eo, qui detulerit, ſed de calumnia non iuratur, conſequens eſt, ut debeat denegari ei actio. Sibi enim imputet, qui proceſſit ad delationem iurisiurandi, nec prius de calumnia iuravit: *ut ſit iſte remittenti ſimilis.*

95) *L. 34. §. 7. D. h. t.* Der Eid für Gefährde fällt auch dann weg, wenn der Gegner, welcher den zugeſchobenen Haupteid ſchwören ſollte, in dem Schwörungstermin nicht erſcheint. S. KIND Quaeſt. for. Tom. II. cap. 77.

96) *L. 6. L. 9. §. 1. D. h. t. L. 1. et 8. C. de reb. credit.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 23.

97) *L. 32. D. h. t.* MALBLANC de iureiur. §. 61. pag. 219.

zurückgeschobenen aber für nicht erwiesen erklärt wird [98]). Ist endlich der Haupteid abgeschworen, so besteht nun die Wirkung darin, daß dasjenige, was durch denselben versichert wird, von dem Richter, als juristisch gewiß betrachtet, und darum, als solches, seinem Urtheile zum Grunde gelegt werden muß [99]). Gegen ein solches Erkenntniß, welches sich auf einen geleisteten Eid gründet, findet aber so wenig eine Appellation Statt [100]); als daß solches aus dem Grunde neu aufgefundener entgegengesetzter Beweise angefochten und wieder aufgehoben werden könnte [1]). In Absicht auf das Erkenntniß über die Kosten sind jedoch die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Einige [2]) neh-

98) *L. 34. §. ult. D. h. t.* Cum res in iusiurandum demissa sit, iudex iurantem absolvit, referentem audiet, et, si actor iuret, condemnet reum. Nolentem iurare reum, si solvat, absolvit, non solventem, condemnat. Ex relatione non iurante actore, absolvit reum. GROLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 200.

99) *L. 5. §. 2. D. h. t.* Dato iureiurando non aliud quaeritur, quam an iuratum sit; remissa quaestione, an debeatur, *quasi satis probatum sit.*

100) *L. 12. §. 3. C. de reb. cred.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 25. HOPACKER Princip. iur. civ. Tom. III §. 4524.

1) *L. 31. D. h. t. L. 1. C. de reb. credit. L. 19. Cod. de Transact. L. 56. D. de re iudic. L. 4. C. eod.* VOET c. l. und Westphals Rechtsgutachten h. t. §. 20. Durch die *L. ult. Cod. de reb. cred.* ist dieses nicht aufgehoben, wie oben §. 798 b. S. 250. ff. ausführlich gezeigt worden ist. Anderer Meinung ist jedoch GROLMAN in der Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 95.

2) REINHARTH Observat. select. ad *Christinaei* Decis. Vol. III. Obs. 2. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXXXVIII. medit.

II.

nehmen zur Regel an, daß der sachfällige Theil, wider welchen der Eid geschworen worden, die Kosten tragen müsse. Denn da der gerichtliche Eid als ein Beweismittel betrachtet wird, so habe der Beweisführer, der sich desselben bediente, nicht nur nichts bewiesen, wenn sein Gegner den Eid geschworen hat, sondern es sey auch nun durch den Eid das Gegentheil rechtlich dargethan worden. Jedoch nimmt man folgende Fälle aus; 1) wenn derjenige, dem eigentlich den Rechten nach die Last des Beweises nicht oblag, freywillig seinem Gegner den Eid deferirt hätte, um desto kürzer aus der Sache zu kommen; 2) wenn ein zurückgeschobener Eid geleistet worden; und 3) wenn der Deferent eine nicht geringe, obwohl zum Erfüllungseide nicht zureichende Probabilität für sich hat. Hier müßten die Proceßkosten compensirt werden. Andere [3]) hingegen halten die entgegengesetzte Meinung der Natur und Beschaffenheit des zugeschobenen Eides angemessener. Denn da dieser Eid, wenn er acceptirt und abgeschworen wird,

11. *Andr. Mart.* HOEGER Diss. de expensis litis victori refundendis a victo ex iuramento iudiciali et litis decisorio. *Altorfii* 1757. und MALBLANC de iureiur. §. 66.

3) VOET Comm. ad Pand. Tom. II. Lib. XLII. Tit. I. §. 22. *Ferd. Christ.* HARPPRECHT Disp. de expensis victoriae, praestito iureiurando, adiudicandis, vel compensandis. *Tüb. 1686.* (*Dissertation. acad.* Vol. II. Diss. LXII. §. 23. sqq. pag. 799.) Claproth Einleitung in den ord. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 342. Westphal in den Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 20. *Christ. Frid.* POHL Diss. de indole iurisiurandi in iudicio delati §. 11. und besonders Jac. Fried. Gc. Emmrich über die Proceßkosten, deren Erstattung und Compensation 1. Th. §. 36. und 37.

die Stelle eines wirklichen Vergleichs vertrete, und überdem, unsern Gesetzen nach, nur das äußerste Mittel sey, den Grund unserer Angabe ins Licht zu setzen [4]), so könne er blos bey dunkeln und zweifelhaften Thatsachen Statt haben. Hieraus folge nun von selbst, daß die Prozeßkosten ordentlicher Weise gegen einander aufgehoben werden müßten, wenn der Rechtsstreit durch den zugeschobenen Eid entschieden worden sey. Noch andere [5]) verwerfen die Compensation der Kosten schlechterdings, und wollen daher die Verurtheilung des sachfälligen Theils in die Kosten auch der Regel nach in den von den Vertheidigern der ersten Meinung ausgenommenen Fällen nicht Statt finden lassen, weil der Eid, wenn er einmal geleistet ist, nach Vorschrift der Gesetze eine förmliche Wahrheit wirke [6]), und folglich der Richter ein für allemal verbunden sey, dasjenige, als wahr und ausgemacht, im Wege Rechtens zu behandeln, was einmal mittelst Eides bestärkt ist. Er müsse mithin auch nun die Folgen eben so bestimmen, wie es in jedem andern Falle, wo Thatsachen völlig bewiesen, oder unrichtig befunden sind, den Rechten gemäß ist. Nach meiner Einsicht kann man allerdings zum Grundsatz annehmen, daß der unterliegende Theil zur Erstattung der Kosten rechtlich verbunden sey, und daß nur schuldlose Unwissenheit, oder verzeihlicher Irrthum des Sachfälligen in Ansehung dessen, was nunmehr durch den Eid in juristische Gewißheit

4) *Nov. LXXIII. Cap. 4.*

5) S. Weber über die Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation. §. 12.

6) *L. 5. §. 2. D. h. t.*

heit gesetzt ist, ein die Kosten vergleichendes und gegen einander aufhebendes Erkenntniß rechtfertigen könne [7]). Dies ist nun aus der Beschaffenheit der Thatsachen, welche beschworen sind, und aus der Verbindlichkeit, welche dem sachfälligen Theile in Ansehung des gerichtlichen Streits oblag, näher zu bestimmen. Man unterscheide also folgende Fälle. Der Sachfällige hatte den Eid entweder über sein eigenes, oder über ein gemeinschaftliches, oder über ein fremdes Factum dem Gegner zugeschoben. Im ersten und andern Falle ist er, wenn sein Gegner den Eid geleistet hat, nach der dadurch bewirkten förmlichen Wahrheit, unstreitig als ein solcher zu behandeln, welcher ein factum proprium oder commune fälschlich behauptet oder bestritten hat. Er verdient daher keine Nachsicht, und muß billig alle Folgen seines Verschuldens tragen. In dem dritten Falle hingegen kommt es darauf, ob dem Sachfälligen der Beweis dessen oblag, worüber er den Eid deferirte, oder dem Sieger. Im ersten Fall fällt ihm zur Last, daß er auf fremde Thatsachen, die er am Ende nicht erweisen konnte, einen Anspruch gründete. Er verdient also auch hier keine Nachsicht [8]). In dem letzten Falle hingegen kann er sich mit der Unwissenheit entschuldigen, und er ist daher mit der Erstattung der Proceßkosten billig zu verschonen.

7) Vergl. GROLMANS Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 58. a. Nr. III. S. 83. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviſſimi. Tom. II. §. 1238.

8) *L. 42. D. de div. regulis iur.* Nam plane qui agit, certus esse debet, cum sit in potestate eius, quando velit experiri, et *ante debet rem diligenter explorare, et tunc ad agendum procedere.*

Ob übrigens der verlierende Theil der Deferent oder Referent ist, darauf kommt an sich gar nichts an. Denn nicht immer hat die Zurückschiebung des Eides religiöse Denkungsart zum Grunde, sondern oft auch Furcht vor einem Meineide.

§. 806.

Wo ist der Eid zu leisten? Kann er auch durch einen Bevollmächtigten geschworen werden?

Der Eid muß ordentlicher Weise an der gewöhnlichen Gerichtsstelle geschworen werden. Jedoch kann aus besondern Ursachen, z. B. wegen Krankheit oder vornehmen Standes des Schwörenden eine Ausnahme Statt finden. In welchem Falle eine Gerichtsdeputation erkannt wird [9]). Ein jeder Eid muß ferner von demjenigen, dem er deferirt worden, der Regel nach in eigener Person geschworen werden [10]). Ausnahmsweise kann jedoch die Eidesleistung zuweilen auch durch einen Anwalt geschehen [11]). Schon das römische Recht gestattet sie in folgenden Fällen.

1) Wenn

9) *L. 15. D. h. t.* Ad personas egregias, eosque qui valetudine impediuntur, domum mitti oportet ad iurandum. Man vergleiche damit *L. 100. D. de verbor. Signif.* und *Henr.* HILDEBRAND Diss. de personis egregiis earumque iuribus. *Altorfii 1693.*

10) *L. 12. §. 4. Cod. de reb. credit. et iureiur. Nov. CXXIV. cap. 1.* Man sehe auch den 5. Theil dieses Commentars §. 397. S. 268.

11) S. *Nic. Christoph.* LYNCKERI Diss. de iureiurando mandatarii in animam principalis. *Ienae 1692.* et rec. *Halae 1736.* HENRICI VI. *Iun. Lin.* RUTHENI COMITIS Diss. de iureiurando per procuratorem in causis privatis et publicis. *Ienae 1729.* Io. *Flor.*

1) Wenn der Eid dem Procurator von dem Gegner ſeiner Parthey freywillig iſt angetragen worden, und jener ihn angenommen hat. Hier kann der Anwalt, wenn er will, den Eid auch über eine fremde Handlung im Namen ſeines Principals leiſten, und er erwirbt dadurch dem letztern eine Klage oder Einrede.

L. 9. §. 6. *D. h. t.* Iusiurandum *defenſoris* vel *procuratoris*, ei ab adverſario delatum, prodeſſe, exceptionemque domino parere, IULIANUS ſcribit. Idem ergo dicendum erit, etſi datus ad petendum *procurator*, reo deferente, iuraverit, *dari mihi oportere:* nam actionem mihi parit.

L. 42. §. 2. *D. eodem.* Sed et ſi, actore deferente, *defenſor* abſentis vel praeſentis iuravit, eum, quem defendit, *dare non oportere*, exceptio iurisiurandi ei, *cuius nomine* iurandum fuerit, dari debebit.

2) Wenn der Eid einer Corporation oder moraliſchen Perſon angetragen iſt. Das römiſche Recht hat zwar nur den Fall, wenn der Eid zur Bedingung eines Vermächtniſſes gemacht worden iſt.

L. 97. *D. de condit. et demonſtrat.* Municipibus, *ſi iuraſſent*, legatum eſt: haec conditio non eſt impoſſibilis. PAULUS: Quemadmodum ergo pareri poteſt? per eos itaque iurabunt, *per quos municipii res geruntur.*

Der,

Flor. RIVINI Diaputat. de iureiurando in alterius animam. *Lipſiae 1725.* Gundling vom Eide durch Bevollmächtigte, oder von dem Eidſchwur in des andern Seele; in *Gundlingianis.* IV. Stück Nr. 3. und *Ios. Lud. Ern.* PÜTTMANN de iureiurando vicario, in *Electis* cap. IV.

Derselbige Grund, weil eine Corporation, als moralische Person, nicht selbst schwören kann, tritt jedoch auch im Fall eines gerichtlich angetragenen Eides ein [12]).

3) Wenn wegen eines baufälligen Hauses im Namen eines andern cautio damni infecti gefordert wird, und bloß von einem Eide für Gefährde die Rede ist.

L. 13. §. 13. *D. de damno infecto.* Si alieno nomine caveri mihi damni infecti postulem, iurare debeo, non *calumniae causa* id eum, *cuius nomine* cautum postulo, fuisse postulaturum.

Es erhellet also aus diesen Stellen, daß das römische Recht die Eidesleistung durch einen Bevollmächtigten (*iuramentum vicarium*) nicht schlechterdings mißbillige, wie Johann Jacob Wissenbach [13]) Anton Schulting [14]) Just. Henning Böhmer [15]) und Malblanc [16]) haben behaupten wollen. Nun hat zwar Justinian in einem neuern Gesetz verordnet, daß der Eid von demjenigen, welchem er zugeschoben worden, in Person geschworen werden solle, wenn er gleich abwesend wäre, und die Führung des Processes einem Procurator übergeben hätte. Denn so heißt es *L.* 12. §. 4. *Cod. de reb. credit. et iureiur.*

Si

12) S. Martins Lehrbuch des bürgerlichen Processes §. 219. S. 303.

13) Exercitat. ad Pand. Disput. XXIV. Th. 32. und in Comment. in Codic. ad L. 2. de iureiur. propt. calumn. §. 3.

14) Thesium controversar. Decad. XXXVIII. §. 8.

15) Iur. eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 7. §. 5.

16) Doctr. de iureiur. §. 94.

Si perſona praeſens non inveniatur, cui ſacramentum illatum eſt, lite forte per procuratorem ventilata, neceſſe eſt, vel ipſam principalem perſonam, datis certis induciis ad iudicem venire, ut ea, quae de ſacramentis ſtatuta ſunt, impleat; vel (ſi iudex exiſtimaverit) in provincia, ubi degit, ſub actorum teſtificatione iuramentum ab ea vel dari, vel referri, vel recuſari, hoc procedere: ut ſingulis caſibus eventus iam definitus imponatur.

Allein es erhellet nicht aus dieſer Conſtitution, daß Juſtinian dadurch jene älteren Verordnungen des Pandectenrechts habe aufheben, und den Eid durch einen Anwalt ſchlechterdings habe verbieten wollen, beſonders wenn der Deferent darein williget [17]). Denn auch der gerichtlich deferirte Eid hat doch immer in Hinſicht ſeines Entſtehungsgrundes etwas Vergleichähnliches beybehalten, wenn er auch zum Zweck eines dem Richter zu führenden Beweiſes gebraucht wird. Offenbar aber würde es dem Geſetz und der Natur des zugeſchobenen Eides entgegenſtreiten, wenn man die Abſchwörung deſſelben durch einen Procurator wider den Willen des Deferenten in einem ſolchen Falle geſtatten wollte, wo der perſönlichen Ableiſtung deſſelben kein unüberwindliches Hinderniß im Wege ſteht [18]). Es kann daher nie zur Regel angenommen werden, was Danz [19]) behaupten will, daß jeder Eid durch einen

17) S. voet Comm. ad Pand. h. t. §. 1. Oeltzens Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 254. und Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 332.

18) S. Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien. 11. Band Medit. 573.

19) Grundſätze des ordentl. Proceſſes §. 369. a. E.

einen besonders Bevollmächtigten abgeschworen werden könne. Denn die Gesetzstellen [20]) welche er anführt, enthalten theils nur die oben von mir selbst angegebenen Ausnahmen, theils sprechen sie vom iuramento calumniae, bey welchem sowohl die canonischen Rechte [21]) als die deutschen Reichsgesetze [22]) die Ableistung durch einen besonders Bevollmächtigten namentlich gestatten. Dabey darf aber die Regel, welche die justinianeische Verordnung enthält, um so weniger übersehen werden, je weniger überhaupt Eide durch Bevollmächtigte zugelassen werden sollten [23]). Man unterscheide also nach dem noch jetzt geltenden gemeinen Rechte, ob von Ableistung eines Haupteides, oder nur

von

20) *L. 9. §. 6. L. 42. §. 2. D. h. t. Cap. 6. et 7. X. de iuram. calumn. Cap. 3. eodem in 6to. Cap. 2. de testib. in 6to.* J. Reichsabsch. §. 43.

21) *Cap. 3. de iuram. calumniae in 6to.* „Nullam tibi iudex iniuriam fecisse censetur, qui *procuratorem* tui adversarii, constitutum ad causam, *habentem super hoc speciale mandatum*, admisit ad praestandum in ea *calumniae iuramentum*."

22) Reichsabsch. v. J. 1654. §. 43. „Ueber dieses verordnen Wir und wollen, daß eine jede Parthey, wie auch deren Procuratores und Advocaten, davon jedoch der Churfürsten und Ständen verpflichtete wirkliche Räthe, soviel ihrer Herren Rechtfertigungs-Sachen betrifft, zu excipiren, entweder in eigener Person, oder vermittelst eines Special-Gewalts durch dero Procuratoren, wenn es entweder die Parthey begehrt, und der Richter es darauf erkennt, oder auch von selbst, in welcherley Theil des Gerichts von Amtswegen auferlegt, das iuramentum calumniae dahin zu erstatten schüldig seyn etc."

23) Man sehe hier vorzüglich Just. von Schmidt genannt Phiseldek über den Eid §. 19. S. 85. ff. und Malblanc de iureiur. §. 94. S. 387.

von einem die Hauptsache nicht betreffenden Eide für Gefährde die Rede ist. Der letzte kann von demjenigen, dem er obliegt, rechtmäßig auch durch einen Sachwalter abgelegt werden. Erster hingegen anders nicht, als wenn entweder der Gegner darein willigt, oder sonst die persönliche Ableistung des Eides nicht wohl möglich ist. Dahin gehört 1) wenn langwierige Krankheit, oder nothwendige Abwesenheit und weite Entfernung desjenigen, welcher den Eid schwören soll, die persönliche Eidesleistung nicht erlaubt. 2) Wenn wegen der besondern Qualität derjenigen Parthey, welche den Eid schwören soll [24]), oder nach den besondern Regeln des Ordens, welchem dieselbe zugethan ist [25]), die Eidesleistung nicht in Person geschehen kann. Wie-

24) Wie z. B. bey Corporationen und Collegien. Ein bloßer Streitgenoß kann jedoch nicht in die Seele des andern schwören. S. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 123.

25) Ein Beyspiel aus der ältern Römischen Geschichte erzählt LIVIUS *Lib. XXXI. cap. 50.* Comitiis aediles curules creati sunt forte ambo, qui statim occipere non possent: nam C. *Cornelius Cethegus* absens creatus erat, cum Hispaniam obtineret provinciam; C. *Valerius Flaccus*, quem praesentem crearunt, *quia flamen Dialis erat, iurare in leges non poterat*: magistratum plus quinque dies, nisi qui iurasset in leges, non licebat gerere. Petente *Flacco*, ut legibus solveretur, Senatus decrevit, ut si aedilis, *qui pro se iuraret*, arbitratu consulum daret, consulès, si eis videretur, cum tribunis plebis ageret, uti ad plebem ferrent. Datus, *qui iuraret pro fratre*, *L. Valerius Flaccus*, praetor designatus, tribuni ad plebem tulerunt, plebesque scivit, *ut perinde esset, ac si ipse aedilis iurasset.* In der Folge unter dem Kaiser Tiberius und Caligula konnte jedoch ein Flamen dialis selbst schwören. DIONYSIUS Lib. 59. pag. 646. Posthaec *Caligula*, iterum Consul, Iovis Flaminem

Viele [26]) sind auch der Meinung, daß fürstliche Personen in ihren Rechtsstreitigkeiten, besonders wenn sie mit ihren Unterthanen den Proceß führen, den ihnen zugeschobenen Haupteid persönlich abzulegen nicht schuldig wären, sondern solchen, auch wider Willen des Gegentheils, durch einen Anwalt zu leisten die Befugniß hätten [26]). Allein diese Meinung ist ganz ungegründet [27]). Denn fürstliche Personen müssen sich in ihren Privatangelegenheiten nach den gemeinen in Teutschland eingeführten fremden Rechten richten lassen, insofern nicht in den Reichsgesetzen, und deren Analogie, oder durch das Herkommen, Verträge und Privilegien ein anders eingeführt ist [28]). Nun kommen zwar in den deutschen Reichsgesetzen einzelne Fälle vor, in welchen die Fürsten von der persönlichen Eidesleistung be-

minem vetuit in Curia iurare; hi enim, ut sub *Tiberio* etiam, seorsum tum iuramentum inibant. S. *Theod. Regner. de* BASSEN de iureiur. Veterum in primis Romanor. Cap. IV. §. 19. pag. 235. Ein neueres Beyspiel von einem Ritter und Commandeur des Ordens des heil. Geistes, Erzengels Michael, und heil. Hubertus führt PÜTTMANN Elector. Cap. 4. an.

26) Pütters Erörterungen und Beyspiele des teutschen Staats- und Fürstenrechts 1. Band Nr. 10. S. 457. ff. Claproths Einleitung in den ord. bürg. Proceß §. 332. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 94. u. a. m.

27) S. Joh. Burkhard Geigers u. Glücks merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 3. Band Nr. XLI. S. 165. ff.

28) PÜTTERI primae Lineae iuris privati Principum speciatim Germaniae §. 2. und HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Specim. V. medit. 2.

befreyt seyn sollen [29]). Allein in keinem derselben ist von dem Haupteide im Proceß die Rede [30]). In solchen Fällen nun, wo der Eid durch einen Anwalt in die Seele seines Principals abgeschworen werden soll, wird erfordert, daß der Procurator mit einer Specialvollmacht versehen seyn müsse, worin nicht nur der ganze Inhalt des Eides, sondern auch die Clausel enthalten ist, daß der Gewaltgeber gar wohl wisse, und überzeugt sey, daß ein Eid, der von seinem Anwalt in seine, des Principals, Seele geschworen worden, eben dieselbe Kraft und Wirkung habe, als wenn er von ihm selbst wäre geschworen worden [31]). Es wird also, wenn ein Eid in die Seele eines Andern mit verbindlicher Kraft abgeleistet werden soll, schlechterdings erfordert, daß auch derjenige, welcher eigentlich den Eid abzulegen hätte, darein willige, und kann daher gegen dessen Willen nie geschehen [32]).

§. 807

29) R. Abschied vom J. 1521. Tit. 7. §. 10. Cammer-Ger. Ordn. vom J. 1515. II. Th. Tit. 10. §. 5. R. Abschied vom J. 1555. §. 58. R. Absch. v. J. 1654 §. 43. u. 117.

30) S. Geigers Abh. Fürstl. Personen können nicht verweigern, den ihnen zugeschobenen Haupteid in eigner Person zu schwören, wenn es der Gegentheil verlangt. In den angeführten Rechtsfällen. 3. B. Nr. 41. §. 5.

31) Ein Formular siehe bey Oeltze in der Anleitung zur gerichtlichen Praxis. §. 254. Nach der Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 10. Tit. §. 314. ist bey Eidesleistungen die Vertretung durch einen Bevollmächtigten nicht anders, als mit ausdrücklicher Bewilligung des Gegentheils, zulässig.

32) S. MALBLANC c. l. pag. 388. und von Bülow und Hagemanns prakt. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 1. B. Erört. XLIX. S. 253.

§. 807 und 808.

II. Nothwendige Eide. 1) Eid für Gefährde.

Von dem freywilligen oder angetragenen Eide kommen wir nun auf den nothwendigen Eid, welchen der Richter in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten auferlegt. Es giebt verschiedene Arten desselben, welche oben (§. 796. S. 227. f.) im Allgemeinen angezeigt worden sind. Hier ist nun von diesen einzelnen Arten ausführlicher zu handeln. Unter diesen verdient

1) der Eid für Gefährde (*iuramentum calumniae*) unsere nähere Betrachtung [33]). Man versteht darunter denjenigen Eid, wodurch der Schwörende versichert, daß er, von der Rechtlichkeit seines Vorhabens überzeugt, nicht aus Schikane gegen die andere Parthey handle [34]). Dieser Eid hat also Unterdrückung der Schikanensucht im Prozeß zum Zweck, und geht hauptsächlich auf vier Puncte; nämlich 1) daß der Schwörende eine gerechte Sache zu haben glaube, also der Kläger nicht ohne Grund Klage erhebe, der Beklagte nicht ohne Grund dagegen excipire; 2) daß er sich keiner falschen Beweismittel bedienen wolle; 2) keine unnöthige Fristen zum Nachtheil des Gegners su-

33) *Io. Strauch* Diss. de iuramento calumniae *Ienae 1668. Io. Ern.* FLORECKE Diss. de iuram. calumniae. *Ienae 1731.* und *Io. Aug.* GERSTAECKER Diss. de iureiurando calumniae secundum principia iuris Rom. german. canonici et saxonici. Specim. I. ex iure Romano. *Lipsiae 1795.*

34) S. GROLMANS Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 69. Die Bedeutung des Worts *Calumnia* ist schon an einem andern Orte erklärt worden. S. den 5. Theil §. 427. S. 386.

ſuche; und 4) dem Richter weder etwas gegeben oder verſprochen habe, noch etwas geben oder verſprechen wolle, um ihn für die Sache zu gewinnen [35]). Man theilt den Eid für Gefährde ein in den allgemeinen, (*iuramentum calumniae generale*) und den beſondern, (*iuramentum calumniae ſpeciale*), je nachdem er entweder in Hinſicht auf den ganzen Proceß, oder nur in Hinſicht auf einzelne proceßualiſche Handlungen abgeleiſtet wird. Durch jenen wird betheuert, daß der Schwörende ſeine Sache überall für gerecht halte, und während des Laufs des Proceſſes den Gegner nicht ſchikaniren wolle. Durch letztere aber wird nur verſichert, daß man eine gewiſſe beſtimmte Handlung im Proceß blos in der Abſicht vornehme, weil die Verfolgung unſeres Rechts ſie erfordert, und nicht um den Gegner ungebührlicher Weiſe damit zu beläſtigen. Der allgemeine Eid für Gefährde wird insgemein für eine Erfindung des Kaiſers Juſtinian gehalten, daß aber der beſondere älter ſey, geben alle zu [36]). Allein beyde Eidesarten ſcheinen ſchon längſt vor Juſtinian im Gebrauch [37]) geweſen zu ſeyn. Das iura-

35) *L. 44. §. 4. D. fam. erciſc. L. 5. §. 14. D. de novi oper. nunciat. L. 6. §. 2. D. de edendo. L. 13. §. 3. D. de damno inf. L. 15. D. ad exhib. L. 9. C. de reb. credit. L. 2. pr. Cod. de iureiur. propt. calumn. Nov. XLIV. cap. 3. pr.* und *Nov. CXXIV. c. 1.*

36) S. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 89.

37) S. *Corn. van* BYNCKERSHOEK Obſervat. iur. Rom. Lib. VII. c. 9. *Franc.* BROEUS Expoſition. in Iuſtin. Inſtitut. Lib. IV. Tit. 16. ad §. *Ecce enim* pag. 852. *Ev.* OTTO Comm. ad §. 1. I. de poen. temere litig. *Em.* MERILLIUS in Comm. ad eund. §. 1.

mentum calumniae generale wurde zuerſt von den Athenienſern entlehnt [38]), war jedoch nur hauptſächlich in peinlichen Fällen üblich [39]). Der Ankläger mußte gleich Anfangs ſchwören, daß er die peinliche Anklage nicht aus Schikane anſtelle [40]). Dieſer Eid kam aber in der Folge außer Gebrauch, als die inſcriptio in crimen bey peinlichen Anklagen eingeführt wurde [41]). Denn ſchon Kaiſer Antonin gedenkt dieſes Eides nicht mehr [42]). Im Civilproceß ſchwur hauptſächlich nur der Kläger, wenn es verlangt wurde, nämlich daß er nicht calumniae cauſa einen Proceß anfange, ſondern ſeine Sache für gerecht halte. Allein bey den Theilungsklagen mußten beyde Theile ſchwören, mithin auch der Beklagte, daß er nicht calumniae cau-

§. 1. I. pag. 544. und *Conſt. Iac. van* RENESSE Diſſ. de coercitione accuſatorum. *Traj. ad Rhen. 1724.* Cap. II. §. 1. (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. novo Diſſertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. T. II. pag. 588. ſqq.)

38) POLLUX *Onomaſt. Lib. VIII. cap. 6.* PETITUS in Legg. Attic. pag. 320.

39) LIVIUS *Lib. XXXIII. c. 47.* SENECA *Lib. III. Controv. c. 19.* In der *Lex Servilia* von J. der E. Roms 663. bey SIGONIUS Lib. II. de iudic. c. 27. heißt es: *Qui pecuniam ab altero petet, is eum, unde petet, ex praetoribus, quei in eum annum lecti erunt, ad iudicem in eum annum, quae ex H. L. factus erit, in ius educito, nomenque eius deferto, ſi de iuraverit, calumniae cauſa non poſtulare.*

40) CICERO *Lib. VIII. Ep. 8. ad Famil.*

41) *van* RENESSE c. l. pag. 591. und *Ant.* MATHAEUS de criminib. Tit. de accuſationib. c. 8.

42) *L. 1. Cod. ad SCtum Turpill.*

causa läugne [43]). Paulus läßt keinen Zweifel übrig, wenn er *L.* 44. §. 4. *D. Famil. erciſc.* ſagt. Qui familiae erciſcundae, et communi dividundo et finium regundorum agunt, et actores ſunt et rei: *et ideo iurare debent, non calumniae cauſa litem intendere, et non calumniae cauſa ad inficias ire.* Viele [44]) glauben zwar, daß dieſe Stelle vom Tribonian interpolirt ſey. Allein dieſe Meinung widerlegt ſich ſchon dadurch von ſelbſt, daß die Verordnung des Kaiſers Juſtinian, wegen der Gefährde Eide *L.* 2. *C. de iureiur. propt. calumn.* neuer iſt, als die Pandecten; denn die erſtere wurde im J. 534., die letzteren aber ſchon im Jahr 533. promulgirt, die erſte konnte alſo in die letzteren keinen Einfluß haben [45]). Es läßt ſich auch nicht behaupten, daß die Stelle des Paulus zu den Fällen des beſondern Eides für Gefährde gehöre. Bey anderen Klagen, als den Theilungsklagen, denn nur bey dieſen hatte man mehr, als bey andern, Schikane zu befürchten Urſache, ſcheint in der Folge der allgemeine Gefährdeeid nicht mehr gewöhnlich geweſen zu ſeyn; ſondern hatte der Kläger einen ungerechten Proceß erhoben, ſo haftete er mit der actio calumniae ex ſtipulatu für den zehnten Theil deſſen, was er ohne rechtlichen Grund gefordert

43) S. Weſtphals Syſtem der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten, und der Erbtheilungsklage. §. 675.

44) GIPHANIUS Expoſit. ad L. 2. C. de iureiur. propt. calumn. GALVANUS de Uſufructu. Cap. 31. pag. 402. *edit. Tübing.* WISSENBACH Emblemata Triboniani Cap. 2. pag. 31. u. a. m.

45) S. Io. WYBO Diſſ. de Triboniano ab emblematibus WISSENBACHII liberato. Cap. II. §. 8.

hatte, zur Strafe ſeiner Calumnie [46]). An die Stelle dieſer Klage, die ohnehin zu Juſtinians Zeiten, wie er ſelbſt ſagt [47]), wieder außer Gebrauch gekommen war, führte Juſtinian den allgemeinen Eid für Gefährde wieder ein [48]), jedoch mit dem Unterſchiede, daß vermöge ſeiner Verordnung [49]), in jedem Civilproceß nicht nur beyde Par-

they-

46) *L. ult. Cod. Hermogen. de calumniator.* GELLIUS *Noct. Attic. Lib. XIV. c. 2.* CUJACIUS Obſervat. Lib. VII. c. 5. *Car.* BRETUS ordo perantiqu. iudicior. civ. c. 30. et 48. und *Ev.* OTTO in Comm. ad §. 1. I. de poen. tem. litig.

47) *§. 1. I. de poena temere litig.* Item actoris quoque calumnia coercetur. Nam etiam actor pro calumnia iurare cogitur ex noſtra conſtitutione. Utriusque etiam partis advocati iusiurandum ſubeunt, quod alia noſtra conſtitutione comprehenſum eſt. Haec autem omnia pro veteris *calumniae actione* introducta ſunt, quae in deſuetudinem abiit, *quia in partem decimam litis actores multabat.* S. THEOPHILI Paraphras. graec. ad h. §.

48) S. VINNII Comment. ad §. 1. I. de poena temere litigant. nr. 1.

49) *L. 2. pr. C. de iureiur. propt. calumn.* Neceſſarium duximus praeſentem legem ponere, per quam ſancimus, in omnibus litibus, quae fuerint poſt praeſentem legem inchoatae, non aliter neque actorem neque fugientem in primordio litis exercere certamina, niſi poſt narrationem et reſponſionem, antequam utriusque partis advocati ſacramentum legitimum praeſtent, ipſae principales perſonae ſubeant iusiurandum: et actor quidem iuret, *non calumniandi animo litem ſe moviſſe, ſed exiſtimando bonam cauſam habere*: reus autem non aliter ſuis allegationibus utatur, niſi prius et ipſe iuraverit: *Quod putans ſe bona inſtantia uti, ad reluctandum pervenerit*; et poſtea utriusque partis viros diſertiſſimos Advocatos, ſecundum quod iam dispoſitum eſt a nobis, iuramentum praeſtare, ſacroſanctis videlicet Evangeliis ante iudicem poſitis.

theyen, sondern auch deren Anwälte gleich Anfangs bey der Einlassung sich von allem Verdacht einer Schikane reinigen sollten. Dieser Eid sollte nur einmal für den ganzen Proceß geschworen werden [50]), und dann der besondere Eid für Gefährde nicht weiter gefordert werden können [51]). Es soll auch keiner Parthey dieser Eid erlassen werden [52]). Kaiser Justinian hatte dabey die gute Absicht, die Partheyen gegenseitig vor unerlaubten Chikanen zu sichern, und folglich dadurch dem Proceß einen geschwindern, und von muthwilligen Verzögerungen freyen Gang zu geben. Der

50) *Nov. XLIX, cap. 3. in fin.*

51) *Auth.* Hoc sacramentum *Cod. de iureiur. propter calumn.* In einem gewissen Falle hat jedoch Justinian den besondern Eid für Gefährde beybehalten. *Nov. LXXIII, cap. 7.* S. Gerstaecker cit. Diss. §. 8. in fin.

52) *L. 2. §. 4. C. de iureiur. propt. calumn.* Sed quia veremur, ne forsitan quidam collusione aliqua utentes remittere videantur inter se huiusmodi sacramentum, et ex praedicta dissimulatione nostram sanctionem deludant; sancimus, *omnes iudices, licet ex compromisso cognoscant, vigorem suum exercentes,* (quia non pro commodo privatorum, sed pro communi utilitate praesentem legem posuimus) *minime pati tale sacramentum remitti; sed omnino hoc et ab actore, et a fugiente exigi:* ne paulatim videatur huiusmodi res defraudari, et sacramentum vel principalium personarum, vel advocatorum ex quacumque parte mutilari. Beym iuramento calumniae generali finden daher auch die Ausnahmen, welche die Gesetze beym iuram. calumniae speciali machen, *L. 8. §. 5. D. Qui satisd. cog. L. 7. §. 3. D. de obseq. parent. praest.* u. *L. 13. §. 14. D. de Damno inf.* keine Anwendung. Denn die *Nov. 49. cap. 3. pr.* sagt ausdrücklich: *et hanc communem posuimus legem contra omnem personam.* S. Gerstaecker cit. Diss. §. 9. Anderer Meinung ist de Cocceji in iur. civ. controv. h. t. Qu. 48.

Pabst Bonifacius VIII. hat jedoch nachher den besondern Eid für Gefährde, unter dem Namen des iuramenti malitiae, wieder hergestellt, und stellt es der Willkühr des Richters frey, auch nach abgeleistetem allgemeinen Eide für Gefährde, so oft es ihm beliebt, noch den besondern den Partheyen aufzuerlegen [53]). Die teutschen Reichsgesetze haben gleichfalls beyde Eide bestätiget [54]). Jedoch weichen dieselben darin von der Vorschrift des römischen Rechts ab, 1) daß der allgemeine Eid für Gefährde nicht mehr absolut wesentlich ist, sondern nach Befinden erlassen werden kann; 2) daß er in jedem Theile des Processes gefordert und auferlegt werden kann [55]). Die heutige Praxis verwirft den allgemeinen Eid für Gefährde fast durchaus, weil er völlig überflüßig und unnütz ist, wie schon von mehreren ganz deutlich gezeigt worden ist [56]). Er kann wenigstens nie anders verlangt werden, als wenn der Richter, im Falle eines sich äußernden gegründeten Verdachts einer Chikane, denselben zu erkennen für nöthig findet [57]). Häufiger

53) *Cap.* 2. *de iuram. calumn. in* 6to. In omnibus autem causis, nedum ante, sed etiam post quam lis fuerit contestata, sive de veritate sive *de calumnia fit iuratum* in ipsis, *potest iudex a partibus exigere iuramentum malitiae, quoties viderit expedire.*

54) Jüngst. R. Absch. §. 43.

55) Danz Grds. des ordentlichen Processes §. 366. und GRÖLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 69.

56) S. MALBLANC doctr. de iureiur. §. 90. und Just. von Schmidt genannt Phiseldeck über den Eid. §. 4. S. 13. ff.

57) Nur in diesem Falle läßt ihn noch die Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. Tit. 22. §. 38. zu.

ger ist dagegen noch jetzt das iuramentum calumniae speciale. Die Fälle, in welchen dieser Eid nach dem römischen Recht verlangt werden kann, sind folgende.

1) Wenn eine Parthey ihrem Gegner den Eid deferirt [58]).

2) Wenn Jemand von einem Argentarius oder Banquier die Vorlegung seiner Rechnungsbücher verlangt [59]).

3) Wenn Jemand um die Erlaubniß nachsucht, einen ihm gehörigen Schatz, der in einem fremden Grundstück verborgen liegt, graben zu dürfen [60]).

4) Wenn Jemand gerichtlich darauf anträgt, daß seinem Gegner die unbefugter Weise unternommene Errichtung eines ihm nachtheiligen Werks verboten werde. (novi operis nunciatio) [61]).

5) Wenn wegen eines baufälligen Gebäudes die cautio damni infecti gefordert wird [62]); und

6) wenn der Beweisführer zur Abwendung der eidlichen Abläugnung einer producirten Urkunde den Beweis der Richtigkeit derselben durch Vergleichung der Handschriften führen will [63]).

58) *L. 34. §. 4. D. h. t.*

59) *L. 6. §. 2. L. 9. §. 3. D. de edendo.* S. den 4. Theil dieses Commentars §. 286. b. S. 39. ff.

60) *L. 15. D. ad exhib.* S. den 11. Theil dieses Commentars §. 743. S. 224. ff.

61) *L. 5. §. 14. D. de novi oper. nunciat.*

62) *L. 13. §. 8. D. de damno inf.*

63) *Nov. LXXIII. cap. 7.*

Nach heutigen Rechten kommen noch folgende Fälle hinzu.

7) Wenn eine Parthey zur Führung ihres Beweiſes bereits zwey Friſten erhalten, und um die dritte Dilation bittet [64]).

8) Wenn gegen den Ablauf der Nothfriſten oder gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß, wegen gefundener neuer Beweiſe, die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand geſucht wird [65]).

9) Wenn dilatoriſche Einreden erſt nach der Litisconteſtation vorgebracht werden [66]).

10) Bey Appellationen muß ſich der Appellant mittelſt dieſes Eides reinigen [67]). Auch

11) bey dem Rechtsmittel der Reviſion [68]).

12)

64) Jüngſt. R. Abſch.

65) S. RIVINI Diſſ. de iuramento documentorum noviter repertorum. *Lipſiae 1749.* und MALBLAC doctor. de iureiur. §. 90. not. 499.

66) *Cap. 4. X. de except.* HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4531. not. e.

67) Jüngſt. R. Abſch. vom J. 1654. §. 117. u. 218. S. *Io. Car.* KOENIG Diſſ. de iuramento appellationis. *Marb. 1745.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 41.

68) Deput. Abſch. v. J. 1600. §. 145. Jüngſt. R. Abſch. §. 125. *Godofr. Dan.* HOFFMANN de iuramento reviſorio enumerali. *Tüb. 1769.*

12) Das iuramentum dandorum und respondendorum, bey Positionen, sind als besondere Arten des Eides für Gefährde schon oben [69]) vorgekommen.

§. 809.

Wenn findet der Eid für Gefährde Statt? Wem kann dieser Eid auferlegt werden? Wer ist davon befreyet?

Der Eid für Gefährde hat nur dann Statt, wenn der Richter darauf erkennt [70]). Ulpian sagt: Hoc iusiurandum *auctore Praetore* defertur [71]). Der Richter legt nun diesen Eid entweder von Amtswegen auf, oder auf Verlangen der Gegenparthey [72]). Der Richter kann aber auch diesen Eid erlassen, wenn er gleich von dem Gegner verlangt worden wäre, weil kein hinreichender Grund des Verdachts vorhanden ist [73]), es müßte denn dieser Eid nothwendige Formalität eines Rechtsmittels seyn [74]). Es kann übrigens jeder, er sey Parthey, oder derselben Stellvertreter, ohne Rücksicht auf Stand und andere Verhältnisse,

69) S. den II. Th. dieses Commentars §. 747. S. 294. und *Ge. Christph.* NELLER Diss. de iuramentis dandorum et respondendorum. in KIUS *Opuscul.* Tom. I. P. II. Nr. 15. pag. 409. sqq.

70) S. FLOERCKE Diss. cit. §. 9.

71) *L. 5. §. 14. D. de novi oper. nunciat.*

72) Jungst. R. Absch. §. 43.

73) BOEHMER Iur. eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 7. §. 7. et 8. Danz Grds. des ordentl. Processes §. 366.

74) GROLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens. §. 69. Not. e. S. 107.

nisse, mithin auch ein Geistlicher [75]) so gut, wie ein Weltlicher, desgleichen Vormünder und Curatoren, Sachwalter und Advocaten, wenn sie selbst der Verdacht trifft [76]), zu jeder Zeit, sowohl in der ersten als zweyten Instanz, dazu gezwungen werden.

Einige sind jedoch von diesem Eide frey. Hellfeld rechnet dahin

1) diejenigen, welche von Amtswegen klagen. Allein dies läßt sich nicht so allgemein behaupten. Der Reichsabschied vom Jahr 1654. §. 43. befreyet nur per Churfürsten und Stände verpflichtete wirkliche Räthe, soviel ihrer Herren Rechtfertigungssachen betrifft, von der Ableistung des iuramenti calumniae generalis, weil bey solchen Personen, die kein eigenes Interesse bey der Rechtssache haben, deren Ausführung ihnen vermöge ihres Amts obliegt, eine schon im An-

75) Die Verordnung des Pabsts Honorius II. im *cap. 1. X. de iuram. calumn.* erläßt zwar den Geistlichen diesen Eid, in Beziehung auf eine Verordnung des Kaisers Marcian, der darin irrig Marcus genennt wird (*L. 25. §. 1. C. de Episcop. et Cleric.*) und des Kaisers Heinrichs II. (in *Legib. Longob.* Lib. II. Tit. 47. c. 10. bey LINGENBROG in Cod. Legg. antiquar. *Frfti. 1613.* pag. 509.) Allein nach *Cap. 5. et 7. X. eod.* können sie den Eid nicht ablehnen. S. *Iust. Henn.* BOEHMERI ius eccles. Protest. T. I. Lib. II. Tit. 7. §. 4. und *Ge. Christph.* NELLER Repetitio discursiva Cap. 1. X. de iuram. calumniae. in *Opuscul.* Tom. I. P. II. Nr. 12. pag. 251. sqq.

76) *L. 2. §. 2. C. de iureiur. propt. calumn.* S. FLOERCKE cit. Diss. §. 10. und *Tob. Iac.* REINHARTH select. Observat. ad *Christinaeum* Vol. V. Obs. 29. pag. 39.

Anfang des Proceßes eintretende calumnia generalis nicht wohl denkbar iſt. Aus gleichem Grunde behauptet man, daß auch herrſchaftliche Fiskäle von dem Eide für Gefährde befreyet ſind, weil ſie aus Amtspflicht handeln [77]). Allein wenn man dies auch von dem allgemeinen Eide für Gefährde gelten läßt, ſo iſt doch eine Ausnahme in Anſehung ſolcher Officialen vom iuramento calumniae *ſpeciali* nicht erweislich; ſie können daher von dieſem Eide wider den Willen der Gegenparthey um ſo weniger befreyet werden, weil in den Fällen, wo die Geſetze dieſen Eid vorſchreiben, nur höchſt ſelten der Richter im Stande iſt, über das wirkliche Daſeyn der Gefährde mit einiger Zuverläßigkeit zu urtheilen [78]). Jedoch ſollen

2) von dem beſondern Eide für Gefährde, Eltern und Patrone frey ſeyn, wenn ſie mit ihren Kindern und Freygelaſſenen Proceße führen, weil es die ſchuldige Ehrfurcht beleidigen würde, von ſolchen Perſonen zu verlangen, daß ſie ſich von dem Verdacht der Chikane reinigen ſollen. Nach den deutlichen Stellen des römiſchen Rechts, welche hiervon handeln, iſt dieß auch außer Zweifel. Denn ſo ſagt Paulus *L.* 8. §. 5. *D. Qui ſatisdare cog.* Iubetur iurare de calumnia, ne quis vexandi magis adverſarii

77) *Arg. L.* 5. §. 13. *D. de bis, quae ut indign.* MEVIUS P. VI. Dec. 138. GAIL Obſervat. Lib. I. Obſ. 90. FLORCKE cit. Diſſ. §. 12.

78) Ge. *Henr.* AYRER Diſſ. de neceſſitate officii a iuramento calumniae non liberante. *Goettingae* 1747. SCHORCH Conſil. Erfordiens. Nr. CCXCIV. n. 26. Fried. von Bülows und Theod. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit. 2. Band. Erört. XV.

ſarii cauſa forſitan, cum Romae poſſit ſatisdare, in municipium evocet. *Sed quibusdam hoc iusiurandum de calumnia remittitur: veluti parentibus et patronis.* Dieſes Vorzugs der Eltern und Patrone gedenkt auch Ulpian bey der Eidesdelation *L.* 16. *D. de iureiur.* Si patronus deferat iusiurandum libertae ſuae, *de calumnia non debet iurare;* und *L.* 7. §. 3. *et* 4. *D. de obſequiis parentibus et patronis praeſtandis.* Nec deferentes iusiurandum *de calumnia iurant.* Necnon et ſi ventris nomine in poſſeſſionem calumniae cauſa miſſa dicatur Patrona, libertus hoc dicens non audietur: quia de calumnia patroni queri non debet. *His enim perſonis etiam in caeteris partibus Edicti honor habebitur.* Ferner bey der cautio damni infecti. *L.* 13. §. 14. *D. de damno inf.* Sed ſi eius nomine poſtulem, qui, ſi ipſe poſtularet, iurare non compelleretur (*veluti patronus vel parens*) dicendum eſt, locum iuriiurando non eſſe: de quo enim ille non iuraret, nec, qui vice eius poſtulat, in hac ſtipulatione debet iurare. Gleichwohl ſagt eben dieſer Ulpian *L.* 34. §. 4. *D. h. t.* nach der florentiniſchen Leſeart: Qui iusiurandum defert, prior de calumnia debet iurare, ſi hoc exigatur: deinde ſic ei iurabitur. *Hoc iusiurandum de calumnia neque patrono neque parentibus remittitur.* Nach dieſer Leſeart ſteht nun aber freilich dieſes Fragment mit den vorhin angeführten Stellen dieſes Rechtsgelehrten in einem offenbaren Widerſpruche. Da ſich jedoch ein ſolcher Widerſpruch in den Fragmenten des nämlichen Rechtsgelehrten nach den Regeln der Hermeneutic nicht wohl annehmen läßt, ſo haben die Ausleger des röm. Rechts hier mancherley Verſuche gemacht,

den-

denselben zu heben. Gerhard Noodt [79]) glaubt, Ulpian lasse sich sehr gut mit sich selbst vereinigen, wenn man zwischen den Worten des Edicts, welcher dieser römische Jurist *L.* 34. *b. t.* erklärt, und dem Geist desselben unterscheidet. Nach der Allgemeinheit der erstern seyen auch nicht einmal Eltern und Patrone von dem iuramento calumniae zu befreyen, wenn sie den Eid deferiren. Allein da doch der Prätor in andern Fällen seines Edicts die diesen Personen gebührende Ehrfurcht schont, so sey aus diesem Grunde auch bey dem Eide für Gefährde nach dem Geist desselben in Ansehung der Eltern und Patrone eine Ausnahme zu machen. Nun ist zwar nicht zu läugnen, daß diese Ausnahme nicht sowohl in den Worten des Edicts, welches keinen Unterschied macht, als vielmehr in einer Auslegung der röm. Rechtsgelehrten gegründet sey, wie auch Hr. Oberappellationsrath Kind [80]) sehr gründlich bemerkt hat. Allein gerade deswegen hätte man hier, wo Ulpian das Edict des Prätors erklärt, am wenigsten erwartet, daß er blos bey den Worten des Edicts würde stehen geblieben seyn, da er in allen übrigen von ihm angeführten Fragmenten die Eltern und Patrone von dem besondern Eide für Gefährde ausnimmt. Jedoch ist diese Erklärung immer weit wahrscheinlicher und sinnreicher, als die divinatorische Interpretation des Hubert Giphanius [81]) welcher glaubt, daß Tribonian diese Stelle in Gemäßheit der *L.* 2. *C. de iuram. propter calumniam* interpolirt habe, und

79) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 285.

80) Quaestion. for. Tom. I. cap. 71.

81) Explanat. difficilior. Legum Cod. ad L. 2. de iureiur. propt. calumn. pag. 130.

und daß alſo dieſelbe von dem neuen iuramento calumniae zu verſtehen ſey. Es widerlegt ſich aber dieſes vermeintliche Emblema, wie ſchon Cornelius van Bynkershoek [82]) ſehr richtig erinnert hat, aus Ulpians Fragment von ſelbſt. Denn es heißt darin, der Eid für Gefährde ſolle geſchworen werden, ſi hoc exigatur, da doch das iuramentum calumniae, wovon *L.* 2 §. 4. *Cod. de inveniur. propt. calumn.* redet, nicht von dem Willen der Partheyen abhängt, und ſelbſt vom Richter nicht erlaſſen werden ſoll. Ueberdem iſt die *L.* 2., wie ich ſchon oben (§. 808.) bemerkt habe, ein Jahr ſpäter, als die Pandecten, gegeben worden. Ergone Tribonianus, ſagt daher Bynkershoek, Pandectis inſeruit, quod nondum erat conſtitutum, ſed conſtitutum iri praevidebat, ſpiritu forte prophetico agitatus? Ich übergehe die eben ſo unwahrſcheinlichen, als erzwungenen Erklärungen eines Wilhelm Fornerius [83]), Juſtus Meier's [84]), Abraham Wielings [85]), und Bernhard Heinrich Reinolds [86]), welche ſchon Everhard Otto [87]), und Carl Friedrich Walch [88]) näher geprüft haben. Es iſt wohl unläugbar,

82) Obſervat. iur. Rom. Lib. VII. cap. 9. pag. 214. edit. *Heinecc.*

83) Lib. II. Selection. cap. 4. in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 49.

84) Colleg. iuris argentorat. Tom. I. h. t. §. 16. pag. 753.

85) Iurisprud. reſtituta. Tom. II. pag. 212.

86) Ad. MERCERII Conciliator. not. 90. pag. 57.

87) Praefat. ad Tom. II. Thes. iuris Rom. pag. 15.

88) Ad ECKHARDI Hermeneut. iuris Lib. I. §. 51. pag. 46. und §. 283. pag. 519. ſq.

klar, daß die Leſeart in der L. 34. fehlerhaft ſey, und daß ſtatt *neque patrono, neque parentibus* vielmehr *aeque patrono atque parentibus* geleſen werden müſſe. Hierin ſtimmen auch die meiſten Ausleger [89]) überein. Dieſe Emendation hat nicht nur die Auctorität der Baſilic. Ten [90]) für ſich, in welchen die Stelle ſo lautet: Ὁ ἐπάγων πρῶτος ὀμνυσι τὸν περὶ συκοφαντίας, ἐὰν ἀπαιτηθῇ, ὃν οὐκ ὀμνυσι πατὴρ ἢ πάτρων. i. e. *Qui iusiurandum defert, prior de calumnia iurat, ſi exigatur, quod non iurat pater aut patronus*; ſondern ſie wird auch durch eine große Anzahl von Manuſcripten unterſtützt, dergleichen Lud. Charon-

89) *Lac.* CUJACIUS Obſervation. Lib. IX. cap. 37. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 34. §. 4. D. h. t. *Franc.* DUARENUS de iureiur. cap. 4. in *Operib.* pag. 207. *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XXIV. c. 21. *Io.* LEUNCLAVIUS Notator. Lib. II. in *Theſ. Otton.* Tom. III. pag. 1513. *Guil.* BARCLAIUS Comm. ad h. Tit. bey OTTO Tom. III. pag. 946. *Elb.* LEONINUS Emendat. lib. V. c. 20. *Io.* VOET Comment. ad Pand. Lib. III. Tit. 6. §. 4. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. XXXX. Th. 3. *Ev.* OTTO cit. Praef. POTHIER Pand. Iuſtinian. Tom. I h. t. Nr. XXVIII. *Siegm. Reich.* JAUCH Meditat. crit. de negationib. Pandect. Florent. cap. 17. ECKHARD Hermeneut. iur. Lib. I. §. 51. not. *. et §. 283. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 14. *Io. Lud.* CONRADI Obſervation. iuris civ. Vol. I. (*Marburgi 1782. 8.*) pag. 54. ſq. u. a. m. Unter den Practikern ſtimmen beſonders CARPZOV Iurispr. for. P. I. Conſtit. XII. Def. 24. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. IV. Obſ. 151. nr. 392. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXL. Cor. 2. und KIND Quaeſt. for. Tom. I. Cap. 71. für dieſe Leſeart.

90) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. pag. 128.

rondas [91]), Valent. Wilhelm Forſter [92]) und Georg Obrecht [93]) anführen, denen ich noch unſern Erlanger *Cod. Dig. vet.* beyfügen kann, welcher *hoc iusiurandum de calumnia aeque patrono parentibusque remittitur*, lieſet. Man findet dieſe richtigere Leſeart auch bey Stephan [94]), Haloander [95]), Baudoza [96]), Jacob Marechall (Lyon 1525.) [97]) und in mehreren andern Ausgaben der Pandecten, welche Forſter [98]) angeführt hat.

3) Wegen des genauen auf wechſelſeitige Treue gegründeten Verhältniſſes zwiſchen Lehnherrn und Vaſallen wird auch dieſen der Eid für Gefährde gegenſeitig erlaſſen [99]).

§. 810.

91) Edit. Paud. Antwerp. 1575. pag. 153.

92) De iuris interpretat. Lib. I. cap. 2. nr. 14. (in *Theſ. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 961.)

93) Tr. de iuramento calumn. Cap. V. nr. 20.

94) Man ſehe Brencmanns Note ad L. 34. h. t. in dem Gebauerſchen Corp. iur.

95) Haloander lieſet *aeque patrono et parentibus.*

96) Baudoza hat *aeque patrono parentibusque.*

97) Dieſe Ausgabe führt OTTO in praefat. ad Tom. II. Theſ. I. R. p. 15. an, ſie ſoll *aeque patrono atque parentibus* leſen.

98) Cit. loc.

99) *II. Feud. 33. §. 1. II. F. 58. pr.* BITSCH Commentar. ad 2. Feud. 33. §. 1. pag. 588. FLORCKE D. de iuram. calumn. §. 12. pag. 26. Wenn Vaſallen unter ſich ſtreiten, ſo ſind ſie vom Eide für Gefährde nicht frey. Ludovici Lehnsproceß Kap. 12. §. 4. HORN Iurisprud. feud. Cap. XXV. §. 19.

§. 810.

Wirkung des Eides für Gefährde.

Ist der Eid für gefährde abgeleistet, so wird dadurch zwar der Verdacht der Bosheit und Chikane, aber nicht der Vorwurf eines muthwilligen Streitens aus dem Wege geräumt. Es kann daher die Parthey, welche diesen Eid geschworen hat, doch noch als verlierender Theil in die Proceßkosten verurtheilt werden [100]). Einige der ältern Rechtsgelehrten [1]) haben zwar die Leistung des Eides für Gefährde als einen gültigen Grund der Kostenvergleichung ansehen wollen. Allein diese Meinung rührt offenbar aus dem Irrwahn her, daß derjenige, welcher diesen Eid geschworen hat, für einen solchen gehalten werden müsse, der eine wahrscheinlich gerechte Ursach zum Streit gehabt habe, und ist von andern schon längst widerlegt, und mit Recht verworffen worden [2]).

100) *L. 79. pr. D. de iudic. L. 78. §. 2. D. de legat. II. L. 4. D. Quod vi aut clam.*

1) BERLICH Pract. Concluſ. Vol. I. Concl. 78. nr. 43. CARPZOV. Iurisprud. for. P. I. Conſt. 31. Def. 30.

2) LAUTERBACH Diſſ. de expenſis victoriae §. 46. in EIUSD. *Diſſertat. academ.* Vol. II. Diſſ. 80. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXXXVIII. medit. 11. Claproths ord. bürg. Proceß. 2. Th. §. 203. Oelze Anleit. zur gerichtlichen Praxis §. 287. Weber über die Proceßkosten §. 12. Not. 6. S. 122. Emmrich über die Proceßkosten 1. Th. §. 74. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4531. in fin. und besonders Joh. Lud. Schmidt in den hinterlassenen Abhandlungen verschiedener practischen Rechtsmaterien 2. Band Nr. CXVI.

Wird der Eid für Gefährde nicht geleistet, so kommt es darauf an, ob er aufgelegt war, oder nicht. In dem letztern Falle ist nach dem neuern römischen Recht das ganze Proceßverfahren nichtig, weil die Ableistung dieses Eides zur wesentlichen Förmlichkeit des Processes gehört, welche unnachläßlich vorgeschrieben ist [3]). Dieß fällt nun aber heutiges Tages weg [4]). In dem ersten Fall hingegen, da der Eid aufgelegt worden, aber verweigert wird, ist jetzt wieder zu unterscheiden, ob es entweder der allgemeine oder der besondere Eid ist. Jener war entweder einer Parthey selbst, oder ihrem Anwalt auferlegt. Bey dem letztern hat die Verweigerung der Ableistung Versagung des weitern Zutritts zur Folge. In dem ersten Falle hingegen wird der Kläger abgewiesen, der Beklagte hingegen als Geständiger verurtheilt [5]). Wird der besondere Eid für Gefährde verweigert, so ist Verlust des Vortheils, den man mittelst Abschwörung dieses Eides ziehen konnte, ja zuweilen auch Verlust der ganzen Sache die Folge davon [6]).

§. 811.

2) Erfüllungs- 3) Reinigungseid.

Außer dem Eide für Gefährde, welcher ein bloßer Nebeneid ist, sind 2) noch die nothwendigen Haupt- oder

3) *L. 2. pr. et §. 4. C. de iuram. propt. calumn.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XXIV. cap. 3. GUDELINUS de iure noviss. Lib. IV. c. 8. nr. 20. FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. n. 62.

4) *Cap. 1. §. 1. de iur. calumn. in 6to.* MEVIUS P. VI. Decis. 247.

5) *L. 2. §. 6. Cod. de iuram. propt. calum. Cap. 7. §. 1. X. eod.*

6) *L. 37. D. h. t.* Ge. Lud. BOEHMER Princip. iur. canon. §. 726.

oder Entscheidungseide einer besondern Betrachtung würdig [7]). Zu diesen gehört vorzüglich der Erfüllungs- oder Ergänzungseid, (*iuramentum suppletorium*) und der Reinigungseid, (*iuramentum purgatorium*) [8]). Beyde Eide setzen den Fall voraus, daß diejenige Parthey, welcher der Beweis oblag, solchen zwar nicht ganzlich verfehlt, aber doch nur unvollkommen geführt hat, und die Möglichkeit einer andern Beweisführung nicht vor Augen liegt [9]). Hier kann der Richter, wenn durch den geführten Beweis eine dringende Vermuthung für den Beweissatz begründet worden ist, noch von dem Beweisführer eine eidliche Erhärtung desselben verlangen, um dadurch den noch vorhandenen Zweifel zu entfernen, und dem geführten unvollständigen Beweise den zur Entscheidung der Sache erforderlichen Grad der juristi-

7) *Io. Dan.* BARTHOLOMAEI Exercit. de iuramento necessario. *Ulmae 1754.* und *Franc.* ALEF Diss. de usu iuramenti necessarii. (in RIUS *Dieb. academ.* f. *Opuscul.* Nr. XII.)

8) *Christ. Frid. Ge.* MEISTERI Triga Observation. practicar. de iuramentis suppletorio et purgatorio. (in RIUS *Exercitat. academ.* Nr. 4.) *Lud.* WIESS Diss. de iuramento suppletorio. *Lugd. 1646.* *Io.* STRAUCH Diss. de iuram. supplet. *Ienae 1655.* *Christph. Lud.* CRELLII Observat. de iureiurando suppletorio, quod sine probatione decernitur. *Vitembergae 1751.* (in RIUS *Dissertat.* Fasc. X.) *Io. Gottl.* HEINECCII Diss. de lubricitate iurisiurandi suppletorii, in *Opuscul.* Nr. XVI. J. T. Werner über die rechtliche Zulässigkeit des Erfüllungs- und Reinigungseides. (in dem Archiv des Criminalrechts, herausgegeben von Klein, Kleinschrod und Konopak. 6. Bandes 1. St. Nr. III. S. 45. ff.)

9) *L. 31. D. h. t. L. 3. C. de reb. credit. Cap. 2. X. de probation.*

ſchen Evidenz zu geben. Dieſer Eid wird deswegen der Ergänzungs-, oder Erfüllungseid genennt. Iſt hingegen durch den geführten Beweis nur eine entfernte, jedoch nicht ganz ſchwache Vermuthung begründet worden, oder kann der, welchen ſonſt nach den allgemeinen Regeln des Prozeſſes der Ergänzungseid obliegen würde, aus beſondern Gründen nicht zur Ableiſtung deſſelben gelaſſen werden, ſo kann der Richter von der Parthey, gegen welche der Beweis geführt worden, verlangen, daß ſie ſich von dem gegen ſie vorhandenen Verdachte eidlich reinige. Dieſer Eid wird daher der Reinigungseid genennt, und hat gänzliche Aufhebung des unvollſtändigen Beweiſes zum Zweck. Ueber den Urſprung dieſer beyden Eidesarten ſind die Rechtsgelehrten verſchiedener Meinung. Daß der Ergänzungseid ſchon in dem römiſchen Rechte gegründet ſey, behaupten zwar die meiſten [10]). Für dieſe Meinung ſtreiten auch folgende Geſetzſtellen.

L. 31. *D. h. t.* wo Caſus ſagt: Admonendi ſumus, interdum etiam poſt iusiurandum exactum permitti conſtitutionibus Principum ex integro cauſam agere, ſi quis nova inſtrumenta ſe inveniſſe dicat, quibus nunc ſolis uſurus ſit. Sed hae conſtitutiones tunc videntur locum habere, cum a iudice aliquis abſolutus

10) S. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 44. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 28. *Ian. a* COSTA Praelection. ad illuſtrior. quosd. Titulos locaq. ſelecta iuris civ. pag. 156. ſq. *Franc.* ALEF cit. Diſſ. Cap. I. §. 11. ſqq. in *Dieb. academ.* pag. 401. ſqq. MALBLANC doctr. de iureiur. §. 69. et 70. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1165.

tus fuerit: *ſolent enim ſaepe iudices in dubiis cauſis, exacto iureiurando, ſecundum eum iudicare, qui iuraverit.*

L. 3. *Cod. de reb. credit. et iureiur.* worin die Kaiſer Diocletian und Maximian einer gewiſſen Severa reſcribiren: In bonae fidei contractibus nec non in ceteris cauſis, inopia probationum, per iudicem iureiurando, cauſa cognita, res decidi oportet.

Es erhellet zugleich aus dieſen Stellen, daß der Ergänzungseid ſchon längſt vor Juſtinian, ja ſchon zu den Zeiten des Kaiſers Hadrian, unter welchem Cajus lebte, im Gebrauch geweſen ſey. Deſſen ungeachtet läugnen viele Rechtsgelehrten [11]), daß der heutige Ergänzungseid in dem römiſchen Recht gegründet ſey. Sie geben zwar zu, daß auch ſchon nach demſelben dem Richter erlaubt ſey, in zweifelhaften Fällen zur Entſcheidung der Sache auch ohne den Antrag einer Parthey auf den Eid zu erkennen, allein daß dieſer Eid bey mangelhaften Beweisgründen dem Richter zur Entſcheidungsnorm gedient habe, finde ſich nirgends. Vielmehr ſtelle das röm. Recht den Grundſatz auf: *actore non probante, abſolvendum eſſe reum* [12]). Einen unvoll-

 ſtändi-

11) *Franc.* DUARENUS Anniverſar. Diſputat. Lib. II. cap. 33. und in Comm. ad h. t. cap. 7. *Hug.* DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XXIV. cap. 11. *Ant.* FABER De errorib. Pragmaticor. Decad. XIX. Err. 1—3. und in Rational. ad L. 31. D. de iureiur. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 287. (*Oper.* Tom. II.) und Probabil. Lib. III. cap. 6. HEINECCIUS cit. Diſſ. de lubricit. iurisiur. ſuppletor. §. 8—19. und WERNHER in lectiſſ. Commentat. in Pand. h. t. §. 27.

12) *L. 10. D. de teſtib. L. 2. Cod. de probat. L. 4. Cod. de edendo. L. 9. Cod. de except.*

ſtändigen Beweis kenne das römiſche Recht gar nicht [13]), und ein Zeuge ſey ſo gut, wie gar kein Zeuge [14]). Eine *inopia probationum* heiße alſo hier nicht mangelhafter Beweis, nein, gerade das Gegentheil, nimia probationum utrimque concurrentium copia atque abundantia, quae iudicem turbet, et conſilii in eligendo inopiam pariat! Um dieſen Sprachgebrauch zu beweiſen, beruft man ſich auf das Zeugniß des Apulejus [15]), welcher ſagt: *Pſychen, adſpectu Cupidinis dormientis accenſam, & nimia voluptatis copia turbatam, inopia fruendi laboraſſe;* und glaubt ihn vollends durch die *L.* 1. *C. de Quaeſt.* außer Zweifel zu ſetzen, wo die Kaiſer Sever und Antonin ſagen: In pecuniariis vero cauſis nec *inopia probationum* ſervos contra dominum interrogari poſſe, manifeſtum eſt: wenn man damit die *L.* 20. *D. eodem* vergleicht [16]). Nach dieſer Erklärung ſey alſo eine *cauſa*

13) *L.* 19. *pr. et §. ult. D. de probat. L.* 26. *§. ult. D. depoſiti. L. ult. Cod. de rei vindicat. L.* 9. *C. de obligat. et action.* Daher werde das Wort *implere* in den Geſetzen ſehr häufig für probare genommen. *L.* 23. *D. de probat. L.* 1. *C. eodem. L.* 1. *C. de condict. ob turp. cauſ. L.* 3. *C. de non num. pecun.*

14) *L.* 9. *§.* 1. *Cod. de teſtib.* Sancimus, ut unius omnino teſtis reſponſio non audiatur, etiamſi praeclarae curiae honore praefulgeat.

15) *Metamorph. ſ. de aſino aureo* Lib. V. pag. 100. (edit. *Altenburg.* 1778. 8.)

16) *Henr.* BRENCMAN in Diſput. de Legum inſcriptionibus §. 29. (in WIELING *Iurisprud. reſtituta* Tom. II. pag. 175.) will an dieſem Beyſpiel zeigen, wie nöthig es bey der Erklärung der Röm. Geſetze ſey, den Sprachgebrauch des Zeitalters zu kennen. *Videlicet*, ſagt er, *ICti libellos agentes ſub Impp. quorum*

ſa dubia, welche den Richter nach dem röm. Recht berechtige, auf den Eid zu erkennen, nur dann vorhanden, wenn zwar der Producent ſeiner Seits vollſtändig bewieſen hat, dieſer Beweis aber durch den ebenfalls an ſich vollſtändigen Gegenbeweis des Producten in eine ſolche Lage geſetzt worden, daß der Richter nun ungewiß iſt, für wen er ſprechen ſoll. Hier könne der Richter der Parthey den Eid auflegen, deren Moralität er zu trauen die meiſte Urſache hat, und für dieſe ſprechen, wenn ſie den Eid geſchworen hat. Ich übergehe die Stellen, die man noch zur Unterſtützung dieſer Erklärung aus Cicero, Horaz und Terenz, beſonders von der *coena dubia*, (riſum teneatis amici) anzuführen pflegt. Denn ſchon längſt haben Vinnius [17]), Crell [18]), Aleſ [19]) und Malblanc [20]), das höchſt Unwahrſcheinliche, Gezwungene, und offenbar Irrige in dieſer Erklärung lichtvoll dargeſtellt. Das Wort *inopia* bedeutet ſowohl nach dem Sprachgebrauch der Claſſiker, als der röm. Juriſten nichts anders als Mangel, Schwäche, Unvollkommenheit, und wird dem Wort *copia*, Vorrath, Reichthum, Ueberfluß, entgegengeſetzt. Man ſchlage nur Briſſon [21]), Ges-

rum eſt L. 1. C. de Quaeſt. et L. 3. C. de reb. credit. Apulejum imitati videntur, ut floridi et elegantis (eo inprimis tempore) ſtyli Scriptorem.

17) Select. iuris Quaeſt. Lib. I. cap. 44.

18) Diſſ. cit. de iureiur. ſuppletorio. Obſ. 5.

19) Diſſ. cit. de uſu iuram. neceſſarii Cap. I. §. 11. ſqq.

20) De iureiur. §. 70.

21) Opus de Verbor. Signif. v. *Inopia.*

ner [22]) und Scheller [23]) nach, um sich davon zu überzeugen. In dieser Bedeutung kann daher der Ausdruck *inopia probationum* nichts anders heissen, als Mangel an hinlänglichen Beweisen, oder eine solche Unvollständigkeit des Beweises, welche noch einen Zweifel übrig läßt, ob die Forderung oder der Anspruch des Producenten gleich wohl gegründet sey, und daher noch einer Stütze bedarf, wenn für ihn erkannt werden soll [24]). Denn nach einer bekannten Regel der Hermeneutic muß man so lange die Worte eines Gesetzes dem gemeinen Sprachgebrauche gemäß erklären, bis man Grund hat, zu glauben, daß der Gesetzgeber davon abgewichen sey. Nun läßt sich doch wohl im Ernst nimmermehr glauben, daß der Concipient der *L.* 3. *C. de reb. credit.* bey der *inopia probationum* an den goldnen Esel des Apulejus, und desselben schwärmerische Liebesgeschichte gedacht habe! gewiß eben so wenig, als daß Cajus bey seinen *causis dubiis* in der *L.* 31. *D. h. t.* die *coena dubia* bey Terenz [25]) im Sinne gehabt haben sollte. Und dennoch will man deswegen vom gemeinen Sprachgebrauche abgehen? Itane vero APULEJI delirio potius, quam candidae Iurisconsultorum simplicitati credendum? non putem, sagt Alef, dessen Worte hier einen vorzüglichen Platz verdienen.

Illius

22) Thes. linguae latinae h. v.

23) Lat. teutsch. Wörterbuch h. v.

24) Dies erhellet auch deutlich aus folgenden Gesetzstellen. *L.* 9. *L.* 18. §. 4. *D. de Quaest. L.* 12. *C. eod. L.* 7. *D. de testib. L.* 7. *D. de probat.* PAULUS *Sent. recept. Lib. V. Tit.* 14. §. 2.

25) *Phormio. Actu II. Sc. II. v.* 28.

illius erat, suavi verborum lusu risum excitare spectatorum; horum, gentes docere, earumque actionibus apertam praescribere normam. Illi applausus populi lucro fuit; his gentium salus et curae et cordi erat. Ille tropos metaphorasque, hi (quod necesse erat) sermonis affectabant simplicitatem. Neque, si APULEJO fidem adhibere in materia iuris fas esset, NOODTIUM iuvat: ut enim ille (relege verba) non voluptatum, sed fruentis queritur inopiam, ita contra Imperatores DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS in *cit. L.* 3. non iudicis, sed probationum inopiam sua tangunt oratione; de hac, non illa, statuentes, iuramento necessario locum facere.

Gesetzt aber, man wollte auch nach jener Erklärung den Fall annehmen, daß Beweis und Gegenbeweiß colliviren, und beyde Beweise gleich vollständig sind; wie kann hier der Richter in die Verlegenheit kommen, auf den Eid zu erkennen? Ein Beweiß hebt ja den andern auf, und es muß daher wider den Beweisführer erkannt werden, wenn nicht wegen Stärke der Gründe oder anderer Begünstigungen der Beweis den Vorzug vor dem Gegenbeweis verdient [26]). Wie kann also hier eine causa dubia seyn, welche erst durch den Eid entschieden werden müßte? Wohl aber kann dies der Fall seyn, wenn noch kein hinlänglicher Beweis vorhanden ist. Hier ist es den angeführten Gesetzen

26) S. *Guil.* BARCLAII Comm. ad L. 31. D. h. t. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. III. pag. 957.) KOCH Diss. de eo, quod iustum est circa delationem iuram. litis decisorii §. 30. und Gönners Handbuch des gemeinen Processes 2. Band Nr. XLI. §. 11.

setzen gemäß, daß der Richter den noch vorhandenen Zweifel dadurch heben kann, daß er dem Beweisführer den Eid auflegt, um dadurch den geführten unvollständigen Beweis zu ergänzen. In welche Verlegenheit oft der Richter gerathen kann, wenn die Frage davon ist, ob der beygebrachte Beweis vollständig sey oder nicht, erhellet aus dem Rescript des Kaisers Hadrian an den Valerius Verus, welches Callistratus *L.* 3. §. 2 *D. de testib.* anführt, und folgendermaßen lautet: Quae argumenta *ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest. Sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei, de qua quaeritur, fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris.* Daß das römische Recht den unvollständigen Beweis gar keine andere Wirkung beylege, als die, den Beklagten frey zu sprechen, ist offenbar falsch. Die bekannte Rechtsregel: *Actore non probante, reus absolvitur*, kann nur von dem Falle gelten, wo der Kläger entweder nicht das geringste Begründungsdatum, oder wenigstens nicht so viel Beweisgründe für seinen Anspruch beyzubringen vermochte, um bey dem Richteramte dadurch vernünftige Vertrauungsmotive in seine Gewissenhaftigkeit zu erregen. Als Beleg zu dieser Wahrheit kann der Fall bey Gellius [27]) dienen, wo derjenige, welcher eine Geldforderung einklagte, die Schuld *neque tabulis neque testibus* erweisen konnte, *sed argu-*

27) *Noct. Attic. Lib. XIV. cap.* 2.

argumentis admodum exilibus utebatur. Hier war es freylich nach dem röm. Rechte keinem Zweifel unterworffen, *quod abſolvendus foret reus, quem accepiſſe pecuniam nulla probatione ſolemni doceretur.* Sicher würde aber der Beklagte nicht freygeſprochen worden ſeyn, wenn der Kläger nur wenigſtens die eidliche Ausſage eines klaſſiſchen Zeugen für ſich gehabt hätte. Zwar ſagt Paulus [28]): unius teſtimonio non eſſe credendum, und Kr. Conſtantin [29]) verordnet, ut unius omnino teſtis reſponſio, non audiatur. Allein damit hat keinesweges geſagt werden wollen, daß ein Zeuge gar nichts beweiſe, ſondern der Sinn gehet offenbar nur dahin, daß einem Zeugen allein noch nicht derjenige Glaube und diejenige Beweiskraft beyzulegen ſey, welche erfordert wird, um ein Definitiv-Erkenntniß darauf zu bauen, wenn nicht noch andere Beweisgründe hinzutreten [30]). Hierzu kann nun aber der Eid des Producenten um ſo mehr dienen, weil auch der Erfüllungseid als ein Beweismittel anzuſehen iſt. Daß zur Ergänzung eines mangelhaften Beweiſes der Richter auch ſchon nach dem röm. Rechte auf den Eid erkennen könne, erhellet, auſſer den oben angeführten Stellen, auch noch inſonderheit aus *L.* 1. §. 40. *D. depoſiti*, wo Ulpian ſagt: Si quis argentum vel aurum depoſitum petat, utrum ſpeciem an et pondus complecti debeat? Et magis eſt, ut utrumque complectatur: ſcyphum forte vel lancem vel pateram dicendo, et materiam et pondus addendo: *ſalvo eo, ut ſi de quantitate ponderis incertum eſt,*

iu-

28) *L.* 20. *D. de Quaeſtion.*

29) *L.* 9. *Cod. de teſtib.*

30) S. GRELLII Diſſ. cit. Obſ. 4.

iuranti succurratur. Selbſt Anton Faber kann nicht läugnen, daß hier vom Ergänzungseide die Rede ſey, wenn er ſagt: *At succurritur ei, qui depoſuit, cum admittitur ad iurandum ad hoc duntaxat, ut ſuam intentionem probet ac impleat, non deferente adverſario iusiurandum.* So wäre denn wohl der römiſche Urſprung des Ergänzungseides außer Zweifel geſetzt [32]). Ob aber auch der Reinigungseid ſchon den Römern bekannt geweſen, oder aus welchem Rechte ſonſt deſſelben Urſprung herzuleiten ſey, iſt ebenfalls ſehr ſtreitig. Einige [33]) wollen wirklich Spuren von dieſem Eide in dem röm. Rechte entdeckt haben [34]). Andere [35]) leiten den Urſprung deſſelben

31) Rational. in L. 1. §. 44. D. depoſiti.

32) Man ſehe noch *I. H.* BOEHMERI ius eccleſ. Proteſt. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 69 et 70.

33) *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XXIV. cap. 10. *Rad.* FORNERIUS Rer. quotidianar. Lib. V. cap. 19. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iuris Rom.* Tom. II. pag. 271.) *Ant. Flor.* RIVINUS Jurisprud. polem. pag. 51. und *Mich. God.* WERNHER lectiſſim. Commentationes in Pand. h. t. §. 31.

34) Man führt gewöhnlich an *L. 31. D. h. t.* wegen der Worte: *cum a iudice aliquis abſolutus fuerit.* Allein daraus folgt noch lange nicht, daß der Beklagte den Reinigungseid geſchworen habe. — *L. 5. pr. D. de public. iudic. L. 6. Cod. ad Leg. Corn. de ſicar. L. ult. in fin. Cod. de abolit.* Allein dieſe Geſetze reden zwar von einer purgatione innocentiae, aber nicht von einem iuramento purgationis, wie ſchon *Io. Van de* WATER in Obſervat. iur. Rom. Lib. II. cap. 10. pag. 171. bemerkt hat. — *L. 13. §. 2. L. 28. §. 5. D. h. t. L. fin. §. 10. C. de iure delib. L. fin. §. 5. C. de iure dom. impetr. L. 26. in fin. C. de Uſur.* Allein alle dieſe Stellen reden vom iuramento delato. — *L. 6. §. 4. C. de his, qui ad eccleſ. con-*

ben aus dem canoniſchen Recht her. Noch andere [35] eignen ihn den Sitten der Teutſchen zu. Die mittlere Meinung verdient wohl unſtreitig den Vorzug, wie Böhmer

confug. wo die Worte: Sicubi depoſitae vel commodatae dicuntur (ſc. res eorum, qui ad eccleſiam confugerunt) inquirendi talem volumus eſſe cautelam: ut ſi ſola ſuſpicione apud aliquem adſerantur abſconditae, *de ſua etiam conſcientia ſatisfacere auctoritate venerabilis Antiſtitis iubeatur*; von einem Reinigungseide erklärt werden, aber gewiß eben ſo wenig davon verſtanden werden können, als das iuramentum manifeſtationis dahin zu rechnen iſt. Denn es iſt dort von Gläubigern die Rede, denen die gebührende Befriedigung durch Execution aus den Gütern ſolcher Schuldner nicht vorenthalten werden ſoll, welche ſich in eine Kirche geflüchtet haben; dieſe können daher auch den Eid von denen fordern, welche die von ihren Schuldnern mit ſich genommenen Sachen zur Verwahrung erhalten haben. Endlich *Nov. 124. cap. 2.* oder *Auth.* Novo iure *Cod. de poena iudicis, qui male iudicavit.* wo es heißt: Si autem litigator donationem vel promiſſionem (ſc. iudici factam) probare non potuerit, perſona, quae donationem vel promiſſionem accepiſſe dicitur, *iuret, ſe nec per ſe nec per aliam perſonam quid vel accepiſſe, vel promiſſum eſſe; eoque iureiurando praeſtito, libera ſit.* Allein die Novelle handelt vom iuramento calumniae, wie ſchon *Iuſt. Henn.* BOEHMER in Diſſ. de uſu iuramenti purgatorii in criminalib. §. 5. gezeigt hat. Das iuramentum purgationis, ſo wie es jetzt üblich iſt, läßt ſich alſo aus dem Röm. Recht nicht wohl beweiſen. Man ſehe auch *Ant.* MATTHAEI Commentar. de criminib. Lib. XLVIII. Tit. 15. Cap. 7.

35) MALBLANC de iureiur. §. 108. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1165.

36) HEINECCIUS Elementor. iuris Germ. Tom. II. Lib. III. §. 354.

mer [37]), gründlich gezeigt hat. Der Reinigungseid trat bekanntlich an die Stelle der ehemaligen Gottesurtheile oder Ordalien [38]), und wird daher *purgatio canonica* [39]), ja auch selbst *iudicium divinum* [40]) oder *iudicium iuſtum* [41]) genennt.

Um nun aber näher zu bestimmen, wenn ehe auf den Ergänzungseid, und wenn auf den Reinigungseid zu erkennen sey, so unterscheidet man gewöhnlich folgende Fälle.

1) Der Producent hat mehr als halb, und beynahe vollständig bewiesen. Hier ist dem Beweisführer der Erfüllungseid aufzulegen.

2) Der Producent hat nicht einmal einen halben Beweis beygebracht. Hier wird dem Producten der Reinigungseid aufgelegt [42]).

3) Es

37) Iur. eccleſ. Proteſtant. Tom. V. Lib. V. Tit. 34. §. 7. ſqq. pag. 559. ſqq.

38) Pet. GALLADE Diſſ. de iuramento purgatorio reiectis ordaliis per canones et leges ſtabilito. *Heidelbergae* 1758. *Paul Joſ. a* RIEGGER Inſtitut. iurisprud. eccleſ. P. IV. § 275. Gc. Aug. Hoof von den Ordalien oder Gottesurtheilen. Mainz 1784. 8.

39) Vid. Tit. Decretal. V. 35. de purgatione canonica.

40) *Can.* 25. *Cauſ. II. Qu.* 5. S. BOEHMER cit. loc. §. 12. pag. 565. *Feudor. II.* 27. §. 3. *Io. Van de* WATER Obſervat. iuris Rom. Lib. II. cap. 11.

41) *Can.* 1. *C. XXXIII.* Qu. 1. verglichen mit *Cap.* 1. *et* 5. *X. de frigid.*

42) *Cap.* 36. §. 1. *X. h. t.* Sane ſi actor omnino in probatione defecerit, reus debet, et ſi nihil praeſtiterit, obtinere. *Praeſumtione vero faciente pro illo, reo deferri poteſt ad oſtendendam ſuam innocentiam iuramentum*, niſi iudex inſpectis perſonarum et cauſae circumſtantiis illud actori videat deferendum.

3) Es ist gerade ein halber Beweis vorhanden. Hier ist es streitig, auf welchen von beyden Eiden zu erkennen sey. Die meisten glauben, daß hier der Erfüllungseid Statt finde [43]). Allein andere [44]) ziehen den Reinigungseid vor, weil der Richter immer geneigter seyn müsse, freyzusprechen, als zu verurtheilen, überdem könne ein, wenn gleich eidlich bestärktes Zeugniß, was der Producent in seiner eigenen Sache ablegt, nie die Kraft eines halben Beweises haben. Es müsse also immer ein mehr als halber Beweis vorhanden seyn, wenn auf den Erfüllungseid solle erkannt werden können. Noch andere [45]) überlassen hier alles dem richterlichen Ermessen, nach der bessern Sachkenntniß des einen oder andern Theils, oder nach der höhern Glaubwürdigkeit, welche der eine Theil vor dem andern verdient, oder nach der mehreren Rechtsbegünstigung, welche für eine von beyden Partheyen spricht, zu bestimmen, welcher

43) *Ev. Christph.* CANZ Tr. de probabilitate iuridica. *Tubingae 1751.* 4. §. 221. sqq. MEVIUS P. IV. Decis. 155. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 74. HEINECCIUS cit Diss. §. 20. sqq. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4327. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 815.

44) ALEF Diss. cit. de usu iuram. necessarii. Cap. II. §. 20. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLI. medit. 2. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 72. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum.* Tom. II. Fasc. 1. Obs. 317.

45) Danz Grds. des ordentlichen Processes §. 365. Martin Lehrbuch des gem. bürg. Processes §. 179. SCHNEIDERS vollständige Lehre vom rechtl. Beweise §. 400—403. Westphals Rechtsgutachten. 1. Th. h. t. §. 22. *Hier. Frid.* SCHORCH Diss. de officio iudicis in imponendo iuramento vel suppletorio vel purgatorio. *Erfordiae 1737.*

cher von beyden Eiden zu erkennen sey. Diese letztere Meinung verdient zwar allerdings den Vorzug, doch bleibt es immer in vorkommenden Fällen ein schwieriges Problem, wenn ehe der Beweis für einen halben zu halten, und wenn noch weniger als ein halber Beweis vorhanden sey? Man sucht zwar die nach der gemeinen Theorie angenommene Gradation durch das Beyspiel vom Zeugenbeweise anschaulich zu machen. Wenn nämlich, sagt man, die übereinstimmende Aussage zweyer unverdächtiger Zeugen zu einem vollständigen Beweise erfordert werde, so müße folglich ein unverdächtiger Zeuge gerade die Hälfte, ein nicht ganz unverdächtiger Zeuge weniger als die Hälfte, und ein glaubwürdiger Zeuge neben einen nicht ganz unverdächtigen mehr als die Hälfte ausmachen. Allein nicht zu gedenken, daß die Aussage eines classischen Zeugen gewiß einen höhern Grad von Wahrscheinlichkeit bewirkt, als die dem dadurch bewiesenen Factum entgegenstehende negative Rechtsvermuthung [46]); so läßt sich auch der Maasstab vom Zeugenbeweise auf Urkunden, desgleichen auf die künstlichen Beweise nicht füglich anwenden. Der Richter hat also vielmehr in vorkommenden Fällen eines unvollständigen Beweises alle zusammentreffende individuelle Umstände an sich selbst sowohl, als in ihrer Verbindung mit einander sorgfältig zu prüfen, und hiernach zu beurtheilen, ob daraus ein solcher Grad von Wahrscheinlichkeit hervorgeht, der eine dringende Vermuthung für den Beweisführer begründet, oder nicht [47]). Dabey kommt es denn allerdings auch

46) S. Gönners Handbuch des gemeinen Processes 2. Band Nr. XXXVII. §. 24.

47) S. Grolmans Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 83.

auch darauf an, welcher von beyden Theilen eine beſſere Sachkenntniß ſowohl, als auch an ſich eine ſtärkere Vermuthung der Glaubwürdigkeit für ſich hat. Es ergeben ſich hieraus folgende Wahrheiten.

1) Wenn im Falle eines unvollſtändigen Beweiſes der eine Theil ſich ſowohl wegen ſeines bisherigen unbeſcholtenen Lebenswandels und ſeiner bekannten Gewiſſenhaftigkeit, als auch inſonderheit bey der Verhandlung des Proceſſes durch vollſtändige und genaue Angabe des Zuſammenhangs der Sache eines vorzüglichern Zutrauens würdig gemacht hat, als der andere; ſo iſt jenem der Eid aufzulegen, er er ſey der Erfüllungs- oder der Reinigungseid [48]). Auf den Unterſchied der Religion hingegen, welcher der eine oder andere Theil zugethan iſt, kommt an ſich nichts an, und es kann daher hiernach allein der höhere oder mindere Grad der Glaubwürdigkeit nicht beurtheilt werden. Wenn demnach einige [49]) behaupten wollen, daß ein Jude wider einen Chriſten nicht zum Erfüllungseide zu laſſen ſey, ſondern dem Chriſten in einem ſolchen Falle der Reini-

48) SCHNEIDER vom rechtl. Beweiſe. §. 402. *Ant.* FABER Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 1. Def. 44.

49) STRYK de cautel. iuramentor. P. III. Sect. III. Cap. 6. nr. 44. BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. 25. Th. 11. not. 4. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. I. Obſ. 193. PUFENDORF Obſervat. iuris univ. Tom. I. Obſ. 110. BOEHMER Iur. eccleſ. Proteſt. Tom. I. Lib. II. Tit. 22. §. 9. Struben rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 67. *de* CANNGIESSER Deciſion. Haſſo-Caſſell. Tom. I. Deciſ. 136. nr. 14. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 45. *Io. Sieg.* THIEL Princip. iurisprud. iudaicae §. 390.

gungseid zuerkannt werden müsse; so ist dies eine gegen alles Recht und Billigkeit streitende Meinung, welche schon von mehreren [50]) gründlich widerlegt, und mit Recht verworffen worden ist [51]).

2) Wenn bey gleichen Gründen der Wahrscheinlichkeit, welche für oder wider den Beweisführer streiten, der eine Theil de veritate, der andere aber nur de credulitate schwören kann, so ist der erste Eid dem letztern vorzuziehen [52]).

3) Wenn für eine von beyden Partheyen die mehrere Rechtsbegünstigung spricht, so ist auf denjenigen Eid zu erkennen, welcher dieser Rechtsbegünstigung am meisten entspricht [53]).

Beyde

50) *de* CRAMER Observat. iuris univ. Tom. II. P. I. Obs. 507. *Io. Aug. Lud.* MENCKEN Diss. de iudaeo iurisiurandi suppletorii haud incapace. *Vitemb.* 1782. HEINECCIUS in Diss. de lubricitate iurisiur. suppletorii §. 26. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. II. Obs. 350. Heislers Abh. Ob die Zulassung eines Judeneides wider einen Christen bedenklich sey? in desselben juristi. Abhandl. Th. 3. Nr. 3. und HOPACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4527. not. i.

51) Man beruft sich gewöhnlich auf *L. 21. C. de haeret. Nov. 45. c. 1. Can. 26. C. II. Qu. 7.* Allein man sehe dagegen BOEHMER ius eccles. Protest. Lib. II. Tit. 20. §. 3.

52) *I. H.* BOEHMER iur. eccles. Protest. Lib. II. Tit. 24. § 71. LEYSER Specim. CXLII. medit. 4. Strubens rechtliche Bedenken Th. 5. Bed. 130. und MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 110. pag. 480.

53) *L. 85. L. 125. D. de Reg. iur. L. 47. D. de obligat. et act.* Z. B. wenn die Sache ein Heyrathsgut betrifft. In ambiguis pro dote respondere melius est.

Beyde Eide sind übrigens in allen bürgerlichen Rechtssachen, selbst unter den Protestanten, wenn sie die Trennung einer Ehe bezwecken sollten, zuläßig. In Ansehung der Ehesachen sind zwar viele anderer Meinung. Einige [54]) läugnen hier gänzlich die rechtliche Zuläßigkeit des Erfüllungseides. Andere [55]) unterscheiden, ob der Eid für oder wider die Ehe geschworen werden soll; und lassen nur in dem ersten Fall den Eid zu, wenn mehr als ein halber Beweis vorhanden ist; auf keine Weise aber in dem letzten Falle. Allein Leyser [56]) hat schon längst diese Meinungen widerlegt. Es treten hier eben die Gründe ein, aus welchen auch die Eidesdelation in solchen Sachen für rechtlich zu halten ist [57]). In wiefern in peinlichen Sachen auf diese Eide erkannt werden könne, ist streitig. Den Reinigungseid lassen zwar alle zu, ob sie wohl in Absicht auf den eigentlichen Gebrauch desselben verschiedener Mei-

54) *Ant.* FABER in Cod. Definit. for. Lib. IV. Tit. 1. Def. 44. HEINECCIUS in Diss. de lubricit. iurisiur. suppletor. §. 27. LAUTERBACH Coll. Pand. h. t. §. 77.

55) BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. 25. Th. 11. not. 3. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 642. CARPZOV Iurispr. for. P. I. Const. 22. Def. 3. Danz Grundsätze des ordentl. Processes §. 365. a. E.

56) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLI. medit. 4.

57) Selbst das Canonische Recht läßt ja Beschwörung des ehelichen Unvermögens zum Zweck der Ehetrennung zu. *Can. 2. Caus. XXXIII. Qu. 1. Cap. 1. 5. et 7. X. de frigid.* S. I. H. BOEHMERI ius eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 75—80. und diesen Theil des Commentars §. 799. nr. 5. S. 270. ff. Gleicher Meinung ist THIBAUT Syst. des P. R. 3. Th. §. 1165.

nung sind [58]). Denn es läßt sich freylich der Gebrauch desselben in peinlichen Sachen nur unter sehr großen Einschränkungen rechtfertigen [59]). Was hingegen den Erfüllungseid anbetrift, so ist zwischen dem Anklags- und Untersuchungsproceß zu unterscheiden. Ist von dem Anklagsproceß die Rede, so ist es nach den Gesetzen [60]) sowohl, als vermöge des Gerichtsgebrauchs eine unbestrittene Wahrheit, daß wider den Angeklagten kein Erfüllungseid Statt finden könne [61]). Ob aber nicht wenigstens der Angeklagte bey vorhandenen starken Vermuthungen, die entweder für seine gänzliche Schuldlosigkeit, oder wenigstens für den Mangel des Vorsatzes streiten, zum Erfüllungseide gelassen werden könne, ist streitig. Quistorp [62]) hat dieses aus mehreren Gründen zu erweisen gesucht. Allein mit Recht hat schon Malblanc [63]) dagegen erinnert, daß der Eid in diesem Fall kein anderer als der Reinigungseid sey. Im Untersuchungsproceß pflegt zwar ein Angeschuldigter, sofern kein Meineid zu besorgen ist, zur eidlichen Erhärtung seiner Unschuld zugelassen zu werden. Es ist aber auch dieser Eid mehr für einen Reinigungs- als für einen Erfüllungseid zu achten [64]).

§. 812.

58) S. *I. H.* Boehmeri Diss. de usu iuram. purgatorii in causis criminal. (in *Exercitat. ad Pand.* Tom. III. Exercit. 48.)

59) S. Grolmans Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. §. 505.

60) *L. 25. C. de probat.*

61) Boehmeri ius eccles. Protest. Lib. II. Tit. 24. §. 74.

62) Beyträge zur Erläuterung verschied. Rechtsmaterien Nr. 29.

63) Doctr. de iureiur. §. 75. not. 384.

64) S. Westphals Criminalrecht Anmerk. 146. §. 13.

§. 812.

Der Erfüllungs- und Reinigungseid ſind nothwendige Eide. Wirkung derſelben.

Beyde Eide, von denen bisher gehandelt worden, ſind **nothwendige Eide**, und zwar 1) auf Seiten des Richters, weil Niemand für verbunden erklärt werden kann, gegen welchen nicht vollkommen bewieſen iſt. Sobald nun der Richter, in Ermangelung anderer und befriedigenderer Ergründungsmittel des Wahren, Ueberzeugungsgründe erhalten hat, daß er der Gewiſſenhaftigkeit einer von beiden Partheyen trauen könne, ſo bleibt ihm zur Entſcheidung der Sache kein anderes Mittel übrig, als der Eid [65]). Der Richter muß daher unaufgefordert auf den Eid erkennen, und darf ihn auch den Partheyen nicht erlaſſen, weil er zur Vollendung ſeiner eignen rechtlichen Ueberzeugung dient [66]). 2) Auf Seiten der Parthey, welcher ein ſolcher Eid auferlegt wird, iſt er darum nothwendig, weil deſſen Ableiſtung von derſelben nicht verweigert werden darf. Es findet daher hier keine Zurückſchiebung Statt [67]). Ob aber dieſe Eide auch nicht durch Ge-

65) Von der rechtlichen Nothwendigkeit dieſer Eide handelt ſehr gründlich **Werner** in der oben Not. 8. angeführten Schrift. S. **Archiv des Criminalrechts** 6. B. S. 66. ff.

66) *L. 3. Cod. de reb. credit. Arn.* VINNIUS ſelect. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 43. und ALEF cit. Diſſ. de uſu iuram. neceſſarii. Cap. III. §. 29 — 33.

67) MALBLANC de iureiur. §. 75. VINNIUS c. l. Durch die *L. 12. §. 1. C. de reb. credit.* ſind zwar manche verleitet worden, zu behaupten, daß auch bey einem zuerkannten nothwendigen Eide der Parthey, welcher ein ſolcher Eid auferlegt worden,

wissensvertretung vermieden werden können, ist unter den Rechtsgelehrten streitig [68]). Einige [69]) läugnen dieses schlechthin. Viele [70]) hingegen wollen die Gewissensvertretung zwar bey dem zuerkannten Reinigungseide zulassen, läugnen aber, daß sie bey dem Erfüllungseide Statt finde, es müßte denn etwa neuer Beweis beygebracht werden können.

den, freystehe, die Ableistung desselben von ihrem Gegner zu verlangen. S. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XIX. Err. 7. und ENGEL Diss. de relatione iuramenti a iudice iniuncti. *Lipsiae 1735.* Allein wenn gleich in der angeführten Stelle von beyden Eiden, sowohl dem nothwendigen, als dem freywillig angetragenen, die Rede ist, so ist doch dasjenige, was das Gesetz von der Relation verordnet, nach einer richtigern Erklärung blos vom iuramento delato zu verstehen. Auf diesen paßt auch nur der Grund, welcher in dem Gesetz angeführt wird. *Quis enim ferendus est ad appellationis veniens auxilium in his, quae ipse facienda procuravit?* Noch deutlicher aber erhellet dies aus den Basiliken, in welchen T. III. Lib. XXII. Tit. 5. pag. 134. die Worte so lauten: αὐτὸς γὰρ ὥσπερ ἑαυτῷ δικάσας, καὶ τὸν ὅρκον ἐπενεγκὼν, εἶτα παραιτησάμενος, τὸν ἐκ τῆς ἀντεπιφορᾶς ὅρκων παρέχειν, οὐκ ἐστὶ φορητὸς ἐπὶ τὴν τῆς ἐκκλήτου καταφύγειν βοήθειαν. i. e. *ipse enim quasi sui ipsius iudex, et iusiurandum deferens, ac deinde sacramentum relationis subire recusans, ferendus non est ad appellationis confugiens auxilium.* Man sehe noch VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 30.

68) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 46.

69) MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 480.

70) Danz Grundsätze des ordentlichen Processes §. 363. HORACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4519. et not. h. pag. 964. MALBLANC c. l. §. 75.

nen. Andere [71]) lassen auch nicht einmal in Ansehung des Letztern wegen neu aufgefundener Beweismittel die Gewissensvertretung zu, wenn die Beweisfrist einmal verstrichen ist. Noch andere [72]) nehmen zum Grundsatz an, daß beyde Eide nur dann, wenn die Beweisfrist nicht verstrichen ist, durch die Gewissensvertretung vermieden werden könnten. Allein da dies fast nur bey dem Reinigungseide der Fall seyn kann; so ist hierdurch bey dem Erfüllungseide, die Gewissensvertretung so gut, wie abgesprochen. Daher lassen andere [73]) ohne Unterschied, ob der Beweistermin bereits verstrichen ist, oder nicht, die Gewissensvertretung zur Abwendung des erkannten nothwendigen Eides um so mehr zu, weil ja selbst nach schon abgeschwornen Erfüllungs- oder Reinigungseide noch das Gegentheil erwiesen werden kann [74]). Da beyde Eide blos subsidiarische Beweismittel sind, welche nur dann Statt finden, wenn eine vollständige Beweisführung nicht möglich ist, so ist wohl diejenige Meinung für die richtigste zu halten, nach welcher die Ableistung derselben noch immer durch die Gewissensvertretung mit Beweis vermieden werden kann, wenn noch andere Beweismittel übrig sind, welche nicht für übergangen geachtet werden können, weil sie entweder neu aufgefunden

71) CARPZOV P. I. Const. XIV. Def. 21. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iud. Lib. I. Sect. I. Membr. IV. Cap. 2. §. 9.

72) THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1165.

73) MEVIUS P. IV. Decis. 296. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 26. Mehlen Anleitung zum gerichtl. Proceß 1. Th. §. 324. a. E. und Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 9. Band Medit. 466.

74) *L. 31. D. h. t.*

funden worden, oder weil ihr Gebrauch an keine bestimmte Frist gebunden ist, oder endlich weil die bestimmte Frist noch nicht verstrichen ist [75]).

Die Wirkung dieser Eide besteht darin, daß

1) für diejenige Parthey gesprochen werden muß, welche den Eid geschworen hat [76]). Ist daher der Eid von dem Kläger geschworen worden, so hat er die Verurtheilung des Beklagten zur Folge. Denn war es der Erfüllungseid, so ist nun der ihm aufliegende Beweis für vollkommen geführt zu achten. Hat er hingegen den Reinigungseid geschworen, so ist dadurch der Beweis des Beklagten aufgehoben. Ist hingegen der eine oder der andere Eid von dem Beklagten geschworen worden, so ist Absolution desselben die rechtliche Folge dieser Eidesleistung. Wird aber

2) die Ableistung des zuerkannten Eides verweigert, so hat der Producent so gut, als nichts bewiesen, wenn ihm der Ergänzungseid zuerkannt war. Der Product hinge-

gen,

75) S. GROLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 93. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 46. not. 3.

76) *L. 31. D. h. t.* Viele wollen den aufgelegten Eid auch dann für abgeleistet halten, wenn die Parthey, welcher er aufgelegt worden, vor der Ableistung gestorben ist, STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 42. MEVIUS P. IV. Decis. 262. et P. *V.* Dec. 46. MALBLANC de iureiur. §. 56. pag. 203. Allein diese Meinung läßt sich auf keine Weise rechtfertigen. S. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 56. HILLIGER ad *Donellum* Lib. XXIV. Cap. 11. lit. y. der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 4. Band. Medit. 246. und BIENER Syst. proceſſ. iudiciar. Tom. I. §. 170. Obs. pag. 334.

gen, welcher den ihm zuerkannten Reinigungseid abzuschwören beharrlich verweigerte, muß nun den Beweis seines Gegners als vollkommen wider sich geführt anerkennen [77]). Es findet jedoch

3) wider das auf einen solchen Eid erkennende oder folgende richterliche Urtheil nicht nur die Appellation Statt [78]), sondern es kann auch dasselbe, wenn es schon in die Rechtskraft übergegangen seyn sollte, wegen neu aufgefundener Beweise angefochten, und der abgeschworne Eid wieder aufgehoben werden [79]). Ob aber der Beweis gegen den geschwornen Eid nur durch neu aufgefundene Urkunden, oder auch durch Zeugen geführt werden könne, ist streitig. Viele [80]) wollen das letztere aus dem Grunde bezweifeln, weil Cajus *L.* 31. *D. h. t.* ausdrücklich sagt: Si quis *nova instrumenta* se inveniſſe dicat, *quibus nunc ſolis usurus sit.* Sie glauben, dem Beweise durch Zeugen stehe metus subornationis entgegen, und berufen sich auf Novelle 90. Kap. 4. Darum gedenke das Gesetz der Zeugen nicht. Allein dagegen haben andere [81]) mit Recht erin-

77) SCHNEIDERS Lehre vom rechtl. Beweise §. 405 u. 406. und *Gf. Steph.* WIESAND Diss. de vi et effectu iurisiurandi purgatorii. *Vitemb. 1796.*

78) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 30.

79) *L.* 31. *D. h. t.*

80) SETSER de iurament. Lib. IV. Cap. 17. nr. 9. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 650. besonders *Mich. God.* WERNHER lectiſſim. Commentat. in Pand. h. t. §. 30.

81) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 40. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disput. XXIV. Th. 36. LEYSER Meditat. ad Pand.

erinnert, daß der Ausdruck *instrumenta*, welchen **Cajus** braucht, auch Zeugen unter sich begreife [82]). **Paulus** sagt *L.* 1. *D. de fide instrum. Instrumentorum* nomine **ea omnia** accipienda sunt, quibus causa instrui potest: *et ideo tam testimonia, quam personae instrumentorum loco habentur.* Sodann legen ja die Gesetze [83]) dem Beweise **durch** Zeugen mit dem Beweise durch Documente gleiche **Wirkung** bey. Diesem ist auch die **Novelle** 90. nicht entgegen, welche nur davon redet, daß nach Publication der Zeugen-Aussagen keine neuen Zeugen weiter producirt werden sollen. Ob aber zwey Zeugen hinreichend sind, um den durch den Eid bewirkten Beweis zu entkräften, ist eine andere Frage. **Malblanc** [84]) läugnet dies aus dem allerdings erheblichen Grunde, weil zwey Zeugen dem bereits vorhandenen Beweise das Gleichgewicht halten würden. Er erfordert daher drey unverwerfliche Zeugen, oder es müssen, ausser den zwey neuen Zeugen, noch andere Gründe vorhanden seyn, welche dem neuen Beweise das Uebergewicht geben. Ueberhaupt können freylich, wie **Grolman** [85]) sehr richtig be-

Pand. Vol. III. Specim. CLXV. medit. 2. und Gebr. **Overbeck** Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien IX. Band Medit. 465.

82) In den **Basiliken** Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. pag. 127. wird der Ausdruck διαιώματα gebraucht, worunter alle rechtliche Beweisgründe verstanden werden.

83) *L.* 15. *Cod. de fide instrumentor.* Man vergleiche auch *Ern. Gottfr. Christ.* KLÜGEL Diss. de testibus noviter repertis. *Vitemb. 1775.*

84) Doctr. de iureiur. §. 65. pag. 244.

85) Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 95. S. 176.

bemerkt, nur solche Beweismittel, welche entweder moralische Gewißheit wirken, oder doch Gegenbeweis und Beweis des entgegengesetzten in sich vereinigen, die Kraft haben, daß durch sie nicht nur die aus dem abgeleisteten Eide gezogene Folgerung vernichtet, sondern auch die Folgerung auf das Gegentheil rechtlich begründet werde.

4) In Absicht auf den Kostenpunct ist zu unterscheiden.

a) Ist von dem Producten der Reinigungseid geschworen worden, so findet der Regel nach eine Compensation der Proceßkosten Statt. Denn der Reinigungseid setzt doch wenigstens einen nicht unbedeutenden Verdacht wider den Producten voraus. Es kann folglich den Producenten der Vorwurf eines muthwilligen Streitens, oder Mißbrauchs der richterlichen Hülfe nicht treffen, wenn er doch soviel durch seinen Beweis bewirkt hat, daß sich der Gegner eidlich reinigen mußte; vielmehr gereicht es ihm immer zur Entschuldigung, daß er ohne richterliche Hülfe den Ungrund seines nicht unwahrscheinlichen Verdachts nicht entdecken konnte [86]). Ausnahmen finden jedoch Statt, 1) wenn der Producet durch seine eigene Schuld gegründeten Anlaß zu dem Verdacht gegen sich erregt hat, von welchem er sich reinigen mußte. 2) Wenn der Producent durch scheinbare Gründe einen Verdacht wider seinen Gegner so wahrscheinlich zu machen wußte, daß sich der Richter den Reini-

86) Anderer Meinung ist zwar Herr Prof. Weber über die Proceßkosten §. 12. S. 129. ff. man vergleiche aber dagegen Emmrich über die Proceßkosten 1. Th. §. 40. Man sehe auch *Ferd. Christph.* HARPPRECHT Diss. de expensis victoriae, praestito iureiurando, adiudicandis vel compensandis. §. 30. (in RIUS *Dissertat. academic.* Vol. II. pag. 806.)

Reinigungseid zu erkennen bewogen fand; nach Ableistung desselben aber sich findet, daß die ganze Klage bloß aus Schikane angestellet worden [87]).

b) Ist der Erfüllungseid geschworen worden, so ist zu unterscheiden.

1) Der obsiegende Theil hat durch den Eid eine solche Thatsache in Gewißheit gesetzt, welche in Ansehung seines Gegners eine fremde Handlung war. Hier werden die Proceßkosten billig compensirt. Denn der verlierende Theil war befugt, einen vollständigen Beweis zu erwarten, und brauchte sich dem Gesuche seines Gegners nicht eher zu fügen, als bis er von dessen Rechtmäßigkeit überzeugt wurde. Kann ihm daher mit Grund nicht vorgeworfen werden, daß er wissentlich die Wahrheit geläugnet, oder zu verdunkeln gesucht habe, so kann er wegen der Vermuthung einer nicht ungerechten Proceßführung, die er bey zweifelhaften Thatsachen, welche der Erfüllungseid seiner Natur nach voraussetzt, für sich hat, mit Recht auf die Compensation der Proceßkosten Anspruch machen [88]).

2) Die Sache, die durch den Erfüllungseid ausser Zweifel gesetzt worden ist, betrifft eine eigne Handlung des sachfälligen Theils. Z. B. Er läugnete eine ihm geschehene Zahlung, oder einen Contract, den er mit dem Kläger selbst geschlossen hat. Hier ist er billig in die Kosten zu ver-

87) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXXXVIII. medit. 6. und Emmrich a. a. O. §. 41.

88) S. Emmrich §. 39. S. 208.

verurtheilen, da er eine Sache bestritten hat, in deren Hinsicht er sich mit keiner Unwissenheit entschuldigen kann [89]).

c) Hat derjenige, welchem ein nothwendiger Eid zu leisten aufgelegt war, sich geweigert, denselben abzuschwören, so ist die Verurtheilung in die sämmtlichen Proceßkosten eine ganz natürliche Folge [90]).

89) Weber über die Proceßkosten §. 12. S. 133. Not. 18.

90) Emmrich §. 41. a. E. und MALBLANC de iureiur. §. 110. pag. 482.

Lib. XII. Tit. III.

De in litem iurando.

§. 813.

Begriff und Natur des Würderungseides.

Zu den entscheidenden Haupteiden, welche der Richter in bürgerlichen Rechtssachen auferlegt, gehört auch der **Würderungs-** oder **Schätzungseid**, (*iuramentum in litem*) [91]). Er unterscheidet sich aber von den übrigen

91) Hiervon handeln vorzüglich *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Disp. de iureiurando in litem. (In *Collect. Disputat.* RIUS Vol. II. nr. 144.) *Io. Phil.* SLEVOGT Disput. de vera iurisiurandi in litem indole et natura. *Ienae 1707. Io. Laur.* DORN Diss. de iureiurando in litem pretii affectionis figmento liberato. *Altorfii 1730. Io. Ulr.* CRAMER Diss. de iuramento in litem affectionis et veritatis. *Marburgi 1736.* EIUSDEM Diss. de iuramento in litem singularis interesse. *Ibid. 1741. Luc. vom* KAMPE Diss. de iuramento in litem. *Traj. ad Rhen. 1741. Ad. Ignat.* TURIN Progr. de iuramento in litem. *Erfordiae* 1775. adj. Diss. inaug. *Christoph.* GROENINGER de aestimatione quanti plurimi. *Ib. eod. Frid. Lud.* MEIER Diss. de iuramento in litem affectionis et veritatis. *Goetting. 1805. F. K. L.* DRUMMER Theorie des Würderungseides. *Bamberg* u. *Würzburg 1806. 8. Franz. Lud.* WIRSCHINGER Versuch einer neuen Theorie über das Iuramentum in Litem oder den Würderungseid. *Landshut 1806. 8.* und Joh. Bernh. Müller Versuch über den Schätzungseid. Jena u. Leipzig 1806. 8.

gen nothwendigen Eiden darin, daß er als eine Rechtswohlthat für den Kläger anzusehen ist, vermöge welcher derselbe in Ansehung eines ihm von dem Beklagten zugefügten Schadens den Beweis von dem Quantum des Ersatzes auf sein Verlangen durch seinen eignen Eid in einem solchen Falle führen kann, da dem Beklagten deshalb ein unerlaubter Vorsatz, oder ein grobes Versehen zur Last fällt [92]). Ueber die Natur dieses Eides sind die Rechtsgelehrten sehr verschiedener Meinung. Viele [93]) wollen ihn für nichts weiter, als eine Art des Erfüllungseides halten. Allein mit Recht widersprechen dieser Meinung andere [94]). Denn der Würderungseid vertritt ja die Stelle alles weitern Beweises, der Erfüllungseid aber setzt einen schon vorhandenen, wenn gleich mangelhaften, Beweis voraus, der durch den Eid ergänzt werden soll. Die meisten Rechtsgelehrten stimmen nun zwar darin überein, daß der Würderungseid so gut, wie ein jeder anderer Haupteid, für ein Beweismittel

92) Das Wort *lis* hat hier eine solche Bedeutung, daß es nicht nur in dem gewöhnlichen Sinn den Gegenstand des Rechtsstreits, sondern auch das *id, quod interest*, umfaßt. Cujaz sagt in seinen Recitation. solemnib. in Cod. ad Tit. de in litem iur. *Litem* dicimus rem in iudicium deductam, vel id, quod interest. *Iusiurandum in litem* igitur est iusiurandum, quo aestimatur lis, id est, id quod interest, sive res, de qua agitur, quod idem est.

93) von Tevenar Theorie der Beweise im Civilprozeß 2 Abschn. 3. Kap. S. 128. nach der neuen Ausgabe von Jury. Magdeburg 1805. MALBLANC de iureiur. §. 73. pag. 280. sqq. GROLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 94. SCHNEIDER Lehre vom rechtlichen Beweise §. 408. ff.

94) THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1166.

mittel zu halten ſey. Allein ihre Anſichten ſind dennoch ganz von einander abweichend, wenn es auf die Frage ankommt, worin das Eigenthümliche dieſes Eides beſtehe? Viele [95]), denen auch Hellfeld beyſtimmt, glauben daſſelbe blos in dem Gegenſtande, der dadurch beſchworen wird, das iſt, in dem Affectionswerthe, anzutreffen. Schon Anton Faber [96]) ſagt: fieri non poſſe, ut unquam iuretur in litem, *quin iurantis adfectioni indulgeatur.* Nach dieſer Vorſtellung ſoll alſo der Schätzungseid im eigentlichen Sinn des röm. Rechts derjenige Eid ſeyn, wodurch der Kläger den ihm durch des Beklagten Argliſt oder grobe Fahrläßigkeit zugefügten Schaden nach dem eigenthümlichen Werthe beſchwört, den er der Sache aus einer beſondern Vorliebe beylegt. Andere [97]) hingegen läugnen ſchlechterdings, daß der Kläger die Befugniß habe, durch dieſen Eid den Werth der beſondern Vorliebe zu beſchwören, ſie halten ihn vielmehr für ein auſſerordentliches Mittel, vermöge welchen der Kläger durch einſeitige Taxation des Schadens das Quantum des Streits, nach ſeinem beſondern

95) *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Diſput. XXIV. Th. 44. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 1. et 2. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. IV. Cap. II. §. 20. TURIN cit. Progr. de iuram. in litem. und Müller in dem angef. Verſuch über den Schätzungseid §. 1.

96) Conjecturar. iuris civ. Lib. XVI. cap. 1. et 13. und De erroribb. Pragmaticor. Decad. XVII. Err. 8.

97) *Guil.* MASIUS in Tract. de rei debitae aeſtimatione. *Lovanii 1653.* 4. P. II. Cap. 6. pag. 53. ſqq. DORN Diſſ. cit. de iureiurando in litem pretii affectionis figmento liberato. §. 37. ſqq. und WIRSCHINGER in dem angef. Verſuch einer neuen Theorie über das iuram. in litem. §. 53. ff.

sondern Interesse, in einem solchen Falle beweisen kann, wo die Unmöglichkeit, das Schadensquantum auf die gewöhnliche Art auszumitteln, durch den Dolus oder eine culpa lata des Gegners herbeygeführt worden ist. Fast eben so ist Webers [98]) Ansicht, nur daß dieser richtiger dafür hält, daß durch diesen Eid der Affectionspreiß keinesweges ausgeschlossen werde. Allerdings könne der Kläger nun auch bey diesem Eide auf alles Rücksicht nehmen, was ihm durch den Beklagten entgeht, mithin auch auf den Werth der besondern Vorliebe, den gewisse Sachen nach unverwerflichen Gründen für ihn hatten, kurz auf sein persönliches Interesse in seinem ganzen Umfange. Ganz von diesen Vorstellungsarten abweichend, und völlig neu ist dagegen diejenige Ansicht, nach welcher der Würderungseid als ein iuramentum calumniae dargestellt wird. Die subjective Ueberzeugung des Klägers von der Größe des Werthes der herauszugebenden Sache, sagt der scharfsinnige Urheber dieser neuen Idee [99]), sey das nächste Object unsers Eides. Dieser Eid wäre demnach gar nicht auf den wahren und wirklichen Werth der Sache, als sein primitives und unmittelbares Object, gerichtet. Dies könnte nur dann der Fall seyn, wenn ein vom Richter zu entscheidender Streit über die Größe des Preises obwaltete. Wenn nun jener Eid, dessen primitives und unmittelbares Object Ueberzeugung des Schwörenden ist, als Glaubenseid ausgesprochen werden muß, so charakterisire sich der Eid der Würderung in Rücksicht seines Objects als eine

98) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß Abschn. IV. S. 344. ff.

99) DRUMMER Theorie des Würderungseides §. 23. ff.

Art des Glaubenseides. Hieraus folge von selbst, daß der Zweck dieses Eides nie Beweisen seyn könne. Denn da, wo der Richter einen Glaubenseid fordert, sey es ihm einzig darum zu thun, sich der bonae fidei einer Parthey in einer gerichtlichen Handlung zu versichern, und zwar vorzüglich alsdann, wenn er ihr die Ausübung eines Rechts zugestehen muß, in welcher die Gegenparthey gefährdet erscheint. Man erinnere sich nur der Eide, welche Justinian für das Beginnen eines Processes *L. 2. Cod. de iureiur. propt. calumniam dando* selbst sanctionirt hat. Nun sey aber die Ausübung des Würderungsrechts eine Handlung des Klägers, in welcher der Beklagte mehr, als irgend in einer andern, darin gefährdet ist, daß sein Gegner dieses Recht entweder blind, oder willkührlich, oder sogar mit Schikane auszuüben vermöge. Wenn nun jener Eid, dessen Grund oder Zweck Sicherung der Gegenparthey gegen die Gefährde einer möglichen Schikane ist, Calumnieneid genennet wird; so charakterisire sich der Eid der Würderung in Rücksicht seines Zwecks als eine Art der Calumnieneide. Das Eigene des Würderungseides gehe also aus folgendem Begriff hervor. *Würderungseid* ist eine gesetzliche Anordnung zur Elision des dolosen Ungehorsams von Seite des Beklagten in der Herausgabe eines streitigen Objects, vermöge welcher der Kläger dadurch Schadensersatz erhält, dass ihm unter der Bedingung der Ablegung eines eigenen Calumnieneides das Recht gestattet wird, seinen Verlust selbst zu würdern. Allein so gut auch diese Idee motivirt ist, so stehen ihr doch erhebliche Zweifel entgegen. Offenbar ist nicht Ueberzeugung des Klägers von der Grösse des angegebenen Werths des streitigen Gegenstandes

Object

Object des Eides; nein! indem der Kläger den Würderungseid schwört, verschaft er dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit des behaupteten Werths, den die zu schätzende Sache für ihn hat. Folglich ist dieser Eid vielmehr das den richterlichen Ausspruch bestimmende Beweismittel. Dies ergiebt sich auch daraus, weil die Gesetze[100]) sogar noch nach abgeschwornen Würderungseide einen Gegenbeweis zulassen. Sodann ist ja der Calumnieneid ein bloßer Nebeneid, der Würderungseid aber gehört zu den entscheidenden Haupteiden, wie aus der Ordnung des Titels, in welchem davon in den Pandecten gehandelt wird, und aus der Verbindung mit *L.* 1. *D. iureiur.* erhellet. Eine wesentliche Verschiedenheit beyder Eide aber besteht insonderheit darin, daß des erstern Leistung zu den Verbindlichkeiten, die des letztern hingegen zu den Rechten einer Parthey gehört. Um jedoch die Natur des Würderungseides näher kennen zu lernen, ist folgendes zu bemerken.

1) Der Schätzungseid ist ein Eid, auf welchen der Richter erkennen muß, wenn er Statt finden soll. Zwar hat dieser Eid das Eigene, daß sich der Kläger dazu erbieten, und hierdurch eine ihm obliegende Beweisführung bewerkstelligen kann. Allein ohne vorhergegangenes Erkenntniß des Richters darf die Ableistung desselben nie geschehen. Der Richter kann auch das Quantum moderiren, und ein gewisses Maximum bestimmen, bis auf welches geschworen werden soll. Denn es kommt zugleich auf das richterliche Ermessen an, ob und in wie fern dieser Eid geschworen werden soll, oder nicht. Der Richter kann daher

100) *L.* 4. §. 3. *L.* 5. §. 1. *et* 2. *D. h. t.* S. die Sammlung merkwürdiger am kais. Reichs-Kammergerichte entschiedener Rechtsfälle. 1. Th. (Lemgo 1789. 8.) 2. Rechtsfall §. 6. ff. S. 95. ff.

auch das Anerbieten des Klägers aus hinreichenden Gründen abschlagen; so wie denn auch durch Gegenbeweiß die Ableistung desselben nicht nur hintertrieben, sondern sogar wieder aufgehoben werden kann. Folgende Gesetzstellen lassen hierüber keinen Zweifel übrig.

L. 4 §. 1. *D. b. t.* Deferre autem iusiurandum iudicem oportet: caeterum si alius detulerit iusiurandum, vel non delato iuratum sit, nulla erit religio: nec ullum iusiurandum. Et ita constitutionibus expressum est Imperatoris nostri et Divi patris eius.

L. 4. §. 2. *D. eod.* Iurare autem in infinitum licet. Sed an iudex modum iuriiurando statuere possit, ut intra certam quantitatem iuretur, ne arrepta occasione in immensum iuretur, quaero? Et quidem in arbitrio esse iudicis, deferre iusiurandum, nec ne, constat.

L. 4. §. 3. *D. eodem.* Item videndum, an possit iudex, qui detulit iusiurandum, non sequi id: sed vel prorsus absolvere, vel etiam minoris condemnare, quam iuratum est? Et magis est, ut ex magna causa, et postea repertis probationibus possit.

L. 5. §. 1. *et* 2. *D. eodem.* Sed iudex potest praefinire certam summam, usque ad quam iuretur: licuit enim et a primo nec deferre. Item et si iuratum fuerit, licet iudici vel absolvere, vel minoris condemnare.

Diese Stellen werden in der Folge noch ihre Erläuterung erhalten.

2) Der Würderungseid setzt immer auf Seiten des Klägers eine erlittene Verletzung voraus, welche durch einen

nen dolus oder culpa lata des Beklagten verursacht worden ist. Er findet daher Statt,

a) wenn der Beklagte die ihm vom Richter auferlegte Restitution oder Herausgabe des streitigen Objects so hartnäckig verweigert, daß diese auch nicht durch Execution erzwungen werden kann. Die Gesetze verbinden damit den Fall einer aus Ungehorsam verweigerten Exhibition. Denn beyde lösen sich wegen der Identität ihrer Folgen in einen Begriff auf. Der Unterschied liegt blos darin, daß Restitution unmittelbare Herausgabe ist, die Exhibition hingegen blos mittelbar zur Rechtserlangung führt; ja zuweilen ist Exhibition im rechtlichen Sinn nichts anders, als Restitution der Sache selbst [1]). Dieser erste Fall macht ohne Zweifel die hauptsächlichste Voraussetzung des Würderungseides aus, aber bey weitem nicht die einzige, wie Drummer [2]), und schon vor ihm Cujaz [3]) und Stryk [4]) haben behaupten wollen. Es wird sich dies aus den folgenden Fällen näher ergeben, die sich gar nicht auf Ungehorsam beziehen, oder wenigstens sehr gezwungen, als Aeusserung des Ungehorsams, dargestellt werden. Für den ersten Fall verdienen hier folgende Gesetzstellen einen Platz.

L. 1. *D. b. t.* Rem in iudicio deductam non idcirco pluris esse opinamur, quia crescere condemnatio potest *ex contumacia non restituentis per iusiurandum in litem:* non enim res pluris fit per hoc, sed *ex contumacia* aestimatur ultra rei pretium.

1) S. den 11. Th. dieses Commentars §. 741.

2) Theorie des Würderungseides §. 10.

3) Recitation. solemn. in Cod. h. t.

4) Us. mod. Pand. h. t. §. 1.

L. 2. §. 1. *D. eodem.* Interdum quod interſit agentis, ſolum aeſtimatur, veluti cum culpa non reſtituentis, vel non exhibentis punitur: *cum vero dolus aut contumacia* [5]) *non reſtituentis vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor.*

L. 8. *D. eodem.* Tutor rem adulti, quam poſſidet, reſtituere ei non vult: Quaero, utrum, quanti res eſt, an quanti in litem iuratum fuerit, condemnari debet? Reſpondi, non eſt aequum, pretio (id eſt, quanti res eſt,) litem aeſtimari: *cum et contumacia punienda ſit;* et arbitrio potius domini rei pretium ſtatuendum ſit, poteſtate petitori in litem iurandi conceſſa.

L. 10. *D. eodem.* In inſtrumentis, *quae quis non exhibet,* actori permittitur *in litem iurare,* quanti ſua intereſt, ea proferri: ut tanti condemnetur reus.

L. 1. *Cod. eod.* Adverſus heredes tutoris ad transferendam tutelam iudicem accipiens tempore litis inſtrumenta ad puberem pertinentia reſtitui deſiderabis. *Quodſi dolo non exhibeantur, in litem iurandi tibi facultas erit.*

L. 4. *C. eod.* Tutor inventarium caeteraque inſtrumenta ſi non proferat, in litem iusiurandum adverſus ſe poteſt admittere.

L. 18.

5) Dieſe Stelle ſcheint zwar den *dolus* von der *contumacia* zu unterſcheiden. Allein daß dolus vom Ungehorſam nicht wohl zu trennen ſey, lehrt *L.* 199. *D. de div. reg. iuris.* Non poteſt dolo carere, ſagt daſelbſt Javolen, qui imperio magiſtratus non paruit. In den Baſiliken Tom. III. Lib. XXII. Tit. 6. pag. 204. geſchieht blos des dolus Erwähnung, worunter alſo auch die contumacia begriffen wird. Es heißt daſelbſt: εἰ δὲ κατὰ δόλον, εἰς ὅσον ὀμόσει ὁ ἐνάγων.

L. 18. *pr. D. de dolo malo.* Ideo autem et hic, et in metus causa actione certa quantitas non adiicitur, *ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit*: sed officio iudicis debet in utraque actione, taxatione iurisiurandum refrenari.

L. 3. §. 2. *D. ad exhibendum.* Praeterea in hac actione notandum est, quod *reus contumax* per in litem iusiurandum petitoris damnari possit ei, iudice quantitatem taxante.

b) Wenn sich der Besitzer die Restitution oder Exhibition der Sache in Natur durch Argliſt oder grobe Fahrläßigkeit selbſt unmöglich gemacht hat. Ein solches dolose desinere possidere kann zwar auch einen Ungehorsam desjenigen zum Grunde haben, welchem die Herausgabe der Sache bereits vom Richter auferlegt war, wie aus *L.* 68. *D. de Rei vindicatione* erhellet, wo Ulpian sagt: Qui *restituere iussus, iudici non paret*, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, *manu militari*, officio iudicis, ab eo possessio transfertur. Si vero non potest restituere: *si quidem dolo fecit, quominus possit*, is, *quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit*, damnandus est. Allein die Unmöglichkeit der Restitution der Sache in Natur konnte sich auch schon vor entstandenem Proceß ergeben haben. Hier würde es doch gewiß gegen allen Begriff eines Ungehorsams [6]) streiten, wenn man das desinere possidere auch für eine Aeuſſerung des Ungehorsams erklären wollte. Von diesem Falle reden folgende Stellen.

6) S. den 3. Th. dieſes Commentars §. 252. und vergleiche damit des 8. Theils 1. Abth. §. 586. S. 207. f.

L. 25. §. 10. *D. de heredit. petit.* Tam adverſus eum, *qui dolo fecit, quominus poſſideat*, quam adverſus poſſidentem, in litem iuratur.

L. 27. §. 3. *D. de rei vindicat.* Sed et is, *qui ante litem conteſtatam dolo deſiit rem poſſidere*, tenetur in rem actione: idque ex *Senatusconsulto* colligi poteſt, quo cautum eſt, *ut dolus praeteritus in hereditatis petitionem veniat.*

L. 5. §. 2. *D. ad exhib.* Idem *Iulianus* ſcribit, emtorem, qui ruta caeſa non reſtituit, *ad exhibendum* teneri, *in quantum in litem iuravero*; ſed ibi adiicit, ſi emtor poſſideat, *aut dolo fecit, quominus poſſideat.*

L. 16. §. 3. *D. de pignor. et hypoth.* Si *dolo* quidem *deſiit poſſidere*, ſumma antem ope niſus, non poſſit rem ipſam reſtituere: tanti condemnabitur, *quanti actor in litem iuraverit.*

Es erhellet hieraus, daß der Schätzungseid nicht nothwendig eine rechtskräftige Verurtheilung des Beklagten zur Reſtitution oder Exhibition der Sache in Natur vorausſetzt. Denn die Klage kann wegen der Unmöglichkeit der Reſtitution gleich anfangs auf Entſchädigung gerichtet ſeyn, und der Kläger ſich zum Würderungseide erbieten. Hier kann doch die Sentenz des Richters nicht auf Herausgabe der Sache gehen, die nicht mehr exiſtirt. Ich kann daher auch nicht in den Begriff einſtimmen, wenn man ſagt [7]), der Schätzungseid ſey im ächt römiſchen Sinn ein Eid, wodurch von der ſiegenden Parthey in einem Rechtsſtreite der Nachtheil geſchätzt wird, welcher ihr durch eine aus

7) S. Martins Lehrbuch des bürgerlichen Proceſſes §. 221.

aus Bosheit oder der größten Schuld der besiegten nicht erfüllte Verbindlichkeit erwächst.

c) Wenn ein rechtlich erwiesener, oder wenigstens dafür anzunehmender dolus des Beklagten den Abgang der ordentlichen Beweismittel, und dadurch eine Ungewißheit in facto veranlaßt hat. Z. B. ein Vormund läßt es an der Errichtung eines Inventariums fehlen, und setzt dadurch den Pupillen ausser Stand, sein Vermögen zu beweisen; oder der Gegner hat die Urkunden, welche gegen ihn zum Beweis hätten gebraucht werden sollen, arglistig auf die Seite geschaft [8]). Hier kann der Kläger den Gegenstand seines Rechts durch seinen Eid bestimmen. Auf eine contumacia läßt sich dieser Fall wohl nicht immer reduciren. Die Gesetze sagen auch dieses nicht. In der *L. 7. pr. D. de administrat. et peric. tutor.* heißt es: Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo *inventarium* appellatur, *dolo feciſſe videtur*: nisi forte aliqua neceſſaria et iuſtiſſima cauſa allegari poſſit, cur id factum non ſit. *Si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea conditione eſt, ut teneatur in id, quod pupilli intereſt: quod ex iureiurando in litem aeſtimatur.*

d) Wenn sich der Beklagte, ob er wohl die in Anspruch genommene Sache weder besitzt, noch jemals besessen hat, dennoch boshaft in den Rechtsstreit einläßt, so kann er verurtheilt werden, nicht anders, als ob er wirklich Besitzer wäre, und der Kläger kann sein Interesse eidlich

8) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. S. 346.

lich bestimmen. Es sind bekannte Regeln, welche uns Ulpian [9]) giebt: *dolo facere eum, qui se offert petitioni*, und *omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri.* In Gemäßheit derselben sagt nun Celsus [10]): Qui se liti obtulit, cum rem non possideret, *condemnatur*: nisi evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire, eum non possidere: quippe isto modo non est deceptus; et, qui se hereditatis petitioni obtulit, ex doli clausula tenetur; *aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi.* Ferner Ulpian [11]): Is, *qui se obtulit rei defensioni sine causa*, cum non possideret, nec dolo fecisset, quominus possideret, si actor ignoret, *non est absolvendus.* Nicht minder Paulus [12]): Sin autem, cum a Titio petere vellem, aliquis dixerit, *se possidere, et ideo liti se obtulerit, — omnimodo condemnandus est.* Daß diese *condemnatio* auf eine Leistung das Interesse nach dem eidlichen Anschlage des Klägers gehe, leidet darum keinen Zweifel, weil der Schätzungseid auch bey Realklagen die gewöhnliche Strafe des Dolus ist [13]). *In actionibus in rem*, et in ad exhibendum *in litem iuratur*, sagt Marcian *L. 5. pr. D. h. t.* Wie läßt sich dieser *dolus* aus einem Ungehorsam erklären?

c) Auch

9) *L. 13. §. 13. D. de heredit. petit.*

10) *L. 45. D. eodem.*

11) *L. 25. D. de rei vindicat.*

12) *L. 27. pr. D. eodem.*

13) S. den 8. Th. dieses Commentars §. 586. S. 205. und Gönners Handbuch des gemeinen Processes 1. Band Nr. XVI. §. 6.

e) Auch der durch eine heimliche oder gewaltthätige Handlung gestörte Besitzstand, giebt dem Würderungseide Raum, wie Ulpian lehrt, wenn er *L.* 15. §. 7. *et* 9. *D. Quod vi aut clam* sagt: Hoc interdicto tanti lis aestimatur, quanti actoris interest, id opus factum esse. Officio autem iudicis ita oportere fieri restitutionem, iudicandum est, ut in omni causa eadem conditio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi, neque clam factum esset. — *Sed quod interfuit, aut per iusiurandum, quod in litem actor iuraverit, aut, si iurare non possit, iudicis officio aestimandum est.* Hier ist zwar von einer Wiederherstellung des vorigen Zustandes, allein auch nicht entfernt von einem Ungehorsam des Gegners in Herausgabe einer streitigen Sache die Rede; und doch findet der Schätzungseid Statt.

Endlich und überhaupt,

f) wenn die Verletzung des Klägers durch irgend eine unerlaubte Handlung geschahe, wobey dem Beklagten eine Argliſt oder grobe Nachläßigkeit zur Last fällt, wenn es auch nur ein dolus praeteritus ist [14]).

L. 1. §. 25. *et* 26. *D. Depositi.* Si rem depositam vendidisti, eamque postea redemisti, in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi: *quia semel dolo fecisti, cum venderes. In depositi quoque actione in litem iuratur.*

L. 9. *D. h. t.* Cum furti agitur, iurare ita oportet, tanti rem fuisse, cum furtum factum sit, non adiici, eo, plurisve, quia, quod res pluris est, utique tanti est.

L. 9.

14) S. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1166.

L. 9. §. 1. *D. ad exhibendum.* Glans ex arbore tua in fundum meum incidit, eam ego immisso pecore depasco: qua actione possum teneri? POMPONIUS scribit, *competere actionem ad exhibendum si dolo pecus immisi, vt glandem comederet.* Et placet nobis POMPONII sententia.

L. 5. *D. h. t.* In *omnibus* in rem, et in *ad exhibendum*, et in *bonae fidei iudiciis* in litem iuratur.

Diejenigen, welche nur einzig den Ungehorsam des Beklagten in der Restitution, als positiven Grund des Würderungseides, annehmen, setzen uns zwar die *L.* 18. *pr. D. de dolo* entgegen, wo Paulus sagt: Arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur: et, *nisi fiat restitutio*, sequitur condemnatio, quanti ea res est. Ideo autem et hic, et in metus causa actione, certa quantitas non adiicitur, *ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit.* Man argumentirt hieraus auf folgende Art. Wird selbst bey der actio doli nicht anders, als im Falle eines eingetretenen Ungehorsams, die Würderung dem Kläger gestattet; so kann wohl Argliſt allein, oder die derselben gleichgeachtete culpa lata, an sich kein Würderungsrecht begründen. Dieser Fall müsse für alle sprechen [15]). Ich verkenne den Scharfsinn dieses Arguments nicht, glaube aber doch nicht, daß es der Meinung des Thibaut, welche ich hier zu der meinigen mache, zuwider sey. Denn man darf nicht vergessen, daß die actio doli eine actio arbitraria ist, bey welcher der Beklagte aller weitern Con-

15) S. DRUMMERS Theorie des Würderungseides §. 11. S. 17. ff.

Condemnation dadurch entgehen konnte, wenn er der vorläufigen Sentenz des Richters, welche ihm die Entschädigung des Klägers auflegte, gutwillige Folge leistete. Geschahe dieses nicht, so konnte nachher der Kläger durch seinen Eid bestimmen, auf welche Art nun der Beklagte zu verurtheilen sey. So war freylich der Würderungseid auch bey der actio doli eine Strafe des Ungehorsams, und man hat gar nicht nöthig, mit Anton Faber [16]) diese Stelle für unächt und interpolirt zu halten, wie auch schon Bachov [17]), Meier [18]) und Dompierre [19]) aus Gründen gezeigt haben, welche die Aechtheit derselben ausser Zweifel setzen. Allein deswegen denke man nicht, als ob blos Ungehorsam des Beklagten bey der actio doli ein Würderungsrecht gebe. Denn es giebt ja Fälle, wo das arbitrium iudicis wegfällt, weil keine Restitution möglich ist. Hier kann sogleich die Condemnation geschehen, und es ist unbegreiflich, warum hier der Kläger nicht eben so gut befugt seyn sollte, seinen Schaden gegen den Betrüger selbst zu würdern. Paulus lehrt dieses selbst nicht undeutlich, wenn er *L.* 18. §. 1. *D. de dolo malo* sagt: Non tamen semper in hoc iudicio *arbitrio* [20]) *iudicis dandum est*

16) Conjectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 18.

17) Tract. de Actionib. Disputat. VII. Th. 15. et adv. *Fabrum* Decad. XCII. Error. 4.

18) Ἐνδοξῶν Iustinianeor. Decad. II. Cap. 5.

19) Specim. de Restitutionib. in integrum Tit. III. §. 36. pag. 188.

20) So lieset die Florentine. Haloander, und Baudoza lesen richtiger *arbitrium*. Hiermit stimmt auch unser *Cod. Pand. Erlang.* überein.

est [21]): quid enim si manifestum sit, *restitui non posse?* veluti si servus dolo malo traditus defunctus sit, *ideoque protinus condemnari debeat in id, quod interfuit actoris* [22]). Noch ein anderes Beyspiel führt er §. 4. an: Dolo cuius [23]) effectum est, ut lis temporibus legitimis transactis pereat: TREBATIUS ait, *de dolo* dandum iudicium, *non ut arbitrio iudicis res restituatur*, sed ut tantum actor consequatur, *quanti eius interfuerit, id non esse factum*; ne aliter observantibus lex circumscribatur. Es ist hier von dem Dolus eines Dritten die Rede, welcher von dem Gegner desjenigen, dem die verjährte Klage zustand, verschieden ist, wie auch schon die Glosse ganz richtig bemerkt hat. Die in diesem Falle gestattete actio doli geht nicht auf Restitution der erloschenen Klage, sondern auf Leistung des Interesse nach der eidlichen Würderung des Klägers [24]). Da hier der Beklagte weder als Besitzer, noch als ein solcher behandelt werden kann, welcher auf eine dolose Art zu besitzen aufgehört hat, so leuchtet in die

21) Statt *dandum* will *Th.* MARCILIUS ad §. 32. I. de Act. *standum* lesen. Allein diese Aenderung entstellt offenbar den Sinn, welcher dahin geht, daß bey der actio doli nicht immer ein arbitrium iudicis nöthig sey. S. MEIER Εὐδοξων cit. loc. §. 10.

22) Daß auch hier das iuramentum in litem Statt finde, behaupten BACHOVIUS de Actionib. c. I. Th. 15. in fin. pag. 73. und FRANTZKIUS in Comm. ad Pand. Lib. IV. Tit. 3. nr. 27.

23) *Cuius* ist hier soviel als *alicuius*. In den Basiliken ist τινος gebraucht. S. IENSIUS in Strictur. ad Rom. inr. Pand. pag. 25.

24) S. DOMPIERRE *de* JONQUIERES Specim. de Restitutionib. in integrum Tit. 3. §. 18. pag. 159. sq.

die Augen, daß hier das Würderungsrecht des Klägers nicht durch Ungehorsam in der Restitution begründet werde. Aus dem allen ergiebt sich,

3) daß der Würderungseid, als bloßer modus, das Interesse des Klägers auszumitteln, überall Statt findet, wo das Würderungsrecht begründet ist, es mag von einer Restitution, oder Exhibition, oder Tradition, oder von irgend einer Entschädigung des Klägers die Rede seyn, sofern das Entschädigungs-Quantum nur durch diesen Eid fixirt werden kann [25]); die Klage, welche dem Beschädigten zusteht, sey ein actio in rem [26]) oder in personam, eine actio bonae fidei [27], oder stricti iuris [28]), eine petito-

25) S. WIRSCHINGERS Versuch einer neuen Th. über das iuram. in litem §. 77. ff.

26) *L. 68. D. de Rei vindic.* — Haec sententia generalis est, et ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet. Das iuramentum in litem findet namentlich Statt, bey der hereditatis petitio. *L. 25. §. 10. D. de hereditat. petit.* bey der rei vindicatio. *L. 46. L. 68. D. de rei vindicat.* bey der actio confessoria und negatoria. *L. 7. D. Si servitus vindicat.* und bey der actio hypothecaria. *L. 16. §. 3. D. de pignor. et hypoth. L. 21. §. 3. D. eodem.* Anderer Meinung ist zwar *Ant.* FABER Coniectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 15. und de Errorib. Pragmat. Decad XCII. Err. 10. welcher die *L. 16. cit.* für interpolirt hält. Allein man sehe *Reinh.* BACHOVII Tract. de Actionib. Diss. VII. Th. 16. und *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 290.

27) *L. 5. pr. D. h. t.*

28) *L. 5. §. 4 et L. 6. D. eodem. L. 60. §. 1. D. ad Leg. Falcid.* S. *Lud.* CHARONDAS Verisimil. Lib. I. cap. 12. (Tom. I.

rem consistit. Mit Recht wird daher von andern [34]) der Würderungseid auch bey der Klage aus dem Kaufcontract zugelassen.

Man streitet ferner darüber, ob dieser Eid bey der actio Legis Aquiliae Statt finde? Mehrere [35]) läugnen dieses aus dem Grunde, weil die Klage des Aquilischen Gesetzes eine Pönalklage sey, welche auf Erstattung des höchsten Werths gehe, den die beschädigte Sache in dem letztern Jahre oder in den letztern dreyßig Tagen gehabt hat. Da nun auch der Würderungseid eine Strafe des Dolus sey, so würde der Beklagte unbilliger Weise wegen des nämlichen Vergehens eine doppelte Strafe leiden. Ueberdem sage Paulus *L.* 33. *pr. D. ad Legem Aquil.* ausdrücklich, daß bey der Klage des Aquilischen Gesetzes der Schade nur nach dem gemeinen, und nicht nach dem Affections-

34) MÜLLER ad *Struvium* c. l. not. *α*. WERNHER Select. Obsev. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 347. sqq. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Meditat. CXLVI. Cor. 2. *Christ.* THOMASIUS in Diss. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente. Cap. III. §. 21—23. *Io. Aug.* DONNDORFF Commentat. de iureiurando in litem affectionis in emtione venditione non cessante. *Quedlinburgi* 1776. WALCH Introd. in controv. iur. civ. p. 600. WEHRN Doctr. iuris explicatr. principior. et causar. damni praest. §. 65. not. 23. p. 414. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1166. not. g. WIRSCHINGERS angef. Versuch §. 78. u. f. m.

35) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XVII. Err. 5. in fin. THOMASIUS in Diss. de pretio affectionis in res fungib. non cad. Cap. III. §. 28—30. CRAMER Diss. de iuramento in litem affectionis et veritatis §. 45 et 46. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 484. p. 324. *Henr. Lud. Car.* EULER Diss. sistens observationes quasdam de eo, quod interest. praes. *Iul. Frid.* MALBLANC def. *Tüb. 1801.* §. 20.

fectionswerthe geschätzt werde [36]). Allein diese Gründe scheinen mir nicht hinreichend zu seyn, um das iuramentum in litem bey der actio Legis Aquiliae gänzlich auszuschliessen. Denn daß sich Erstens der Würderungseid mit der Pönalqualität einer Klage wohl vertrage, beweißt die actio furti [37]), doli und quod metus causa [38]) bey welchen dieser Eid Statt findet. Ueberdem fällt die Pönalqualität bey der actio L. A. nach dem heutigen Gerichtsgebrauche ohnehin weg [39]). Sodann braucht ja nicht gerade der Werth der Vorliebe durch den Würderungseid beschworen zu werden. Nun geht die actio Legis Aquiliae nicht blos auf den Werth der beschädigten Sache, sondern auch auf alles übrige Interesse, und insonderheit auch auf den entgangenen Gewinn [40]).

36) S. den 10. Theil dieses Commentars §. 702. S. 344.

37) *L.* 9. *D. h. t.* Mehrere Rechtsgelehrten wollen zwar diese Stelle von der condictione furtiva verstehen. So BALDUINUS in Iurisprud. Mutiana pag. 285. *Iac.* LABITTUS in Usu indicis Pandectar. Cap. III. §. 1. in WIELING Iurisprud. restituta T. II. pag. 71. *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano pag. 615. und *Iac.* GOTHOFREDUS Animadversion. iuris cap. 1. Allein man sehe *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticar. Dec. XVII. Err. 5. und *van de* WATER Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 4. pag. 265. sq.

38) *L. 18. pr. D. de dolo malo.*

39) S. den 10. Th. dieses Commentars §. 705.

40) *L.* 21. §. 2. *L.* 22. *L.* 23. *pr. D. ad Leg. Aquil.* §. 10. *I. eodem.* Mit mir stimmt auch WEHRN in Doctr. iuris explicatr. principior. et causar. damni praestandi §. 65. not. 23. pag. 414.

rem consistit. Mit Recht wird daher von andern [34] der Würderungseid auch bey der Klage aus dem Kaufcontract zugelassen.

Man streitet ferner darüber, ob dieser Eid bey der actio Legis Aquiliae Statt finde? Mehrere [35] läugnen dieses aus dem Grunde, weil die Klage des Aquilischen Gesetzes eine Pönalklage sey, welche auf Erstattung des höchsten Werths gehe, den die beschädigte Sache in dem letztern Jahre oder in den letztern dreyßig Tagen gehabt hat. Da nun auch der Würderungseid eine Strafe des Dolus sey, so würde der Beklagte unbilliger Weise wegen des nämlichen Vergehens eine doppelte Strafe leiden. Ueberdem sage Paulus *L.* 33. *pr. D. ad Legem Aquil.* ausdrücklich, daß bey der Klage des Aquilischen Gesetzes der Schade nur nach dem gemeinen, und nicht nach dem Affections-

34) MÜLLER ad *Struvium* c. l. not. *a*. WERNHER Select. Observ. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 347. sqq. LEYSER Medit. ad Pand. Vol. III. Medit. CXLVI. Cor. 2. *Christ.* THOMASIUS in Diss. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente. Cap. III. §. 21—23. *Io. Aug.* DONNDORFF Commentat. de iureiurando in litem affectionis in emtione venditione non cessante. *Quedlimburgi* 1776. WALCH Introd. in controv. iur. civ. p. 600. WEHRN Doctr. iuris explicatr. principior. et causar. damni praest. §. 65. not. 23. p. 414. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1166. not. g. WIRSCHINGERS angef. Versuch §. 78. u. f. m.

35) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XVII. Err. 5. in fin. THOMASIUS in Diss. de pretio affectionis in res fungib. non cad. Cap. III. §. 28—30. CRAMER Diss. de iuramento in litem affectionis et veritatis §. 45 et 46. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 484. p. 324. *Henr. Lud. Car.* EULER Diss. sistens observationes quasdam de eo, quod interest. praes. *Iul. Frid.* MALBLANC def. *Tüb. 1801.* §. 20.

fectionswerthe geschätzt werde [36]). Allein diese Gründe scheinen mir nicht hinreichend zu seyn, um das iuramentum in litem bey der actio Legis Aquiliae gänzlich auszuschliessen. Denn daß sich Erstens der Würderungseid mit der Pönalqualität einer Klage wohl vertrage, beweißt die actio furti [37]), doli und quod metus causa [38]) bey welchen dieser Eid Statt findet. Ueberdem fällt die Pönalqualität bey der actio L. A. nach dem heutigen Gerichtsgebrauche ohnehin weg [39]). Sodann braucht ja nicht gerade der Werth der Vorliebe durch den Würderungseid beschworen zu werden. Nun geht die actio Legis Aquiliae nicht blos auf den Werth der beschädigten Sache, sondern auch auf alles übrige Interesse, und insonderheit auch auf den entgangenen Gewinn [40]).

36) S. den 10. Theil dieses Commentars §. 702. S. 344.

37) *L. 9. D. h. t.* Mehrere Rechtsgelehrten wollen zwar diese Stelle von der condictione furtiva verstehen. So BALDUINUS in Iurisprud. Mutiana pag. 285. *Iac.* LABITTUS in Usu indicis Pandectar. Cap. III. §. 1. in WIELING Iurisprud. restituta T. II. pag. 71. *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano pag. 615. und *Iac.* GOTHOFREDUS Animadversion. iuris cap. 1. Allein man sehe *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticar. Dec. XVII. Err. 5. und *van de* WATER Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 4. pag. 265. sq.

38) *L. 18. pr. D. de dolo malo.*

39) S. den 10. Th. dieses Commentars §. 705.

40) *L. 21. §. 2. L. 22. L. 23. pr. D. ad Leg. Aquil. §. 10. I. eodem.* Mit mir stimmt auch WEHRN in Doctr. iuris explicatr. principior. et causar. damni praestandi §. 65. not. 23. pag. 414.

autem iudicis ita oportere fieri restitutionem, iudicandum est, *ut in omni causa eadem sit conditio actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi neque clam factum esset*; und Papinian lehrt noch insonderheit, worauf man zu sehen habe, um dem Kläger wegen des erlittenen Dolus seines Gegners die vollestе Befriedigung zu verschaffen, wenn er in der energischen Stelle *L.* 78. *D. de reg. iur.* sagt: Generaliter, cum *de fraude* disputatur, non, *quid habeat actor*, sed, *quid per adversarium habere non potuerit*, considerandum est. Es entsteht nun also hierbey die eben so schwierige als bestrittene Frage, nach welchem Maasstabe die Entschädigung des Klägers durch den Würderungseid auszumitteln sey? Darf bey der Schätzung des streitigen Objects nur der gemeine Maasstab des Marktpreises, oder der des singulären Interesse, oder gar der Affection angelegt werden? Es ist nöthig, im Allgemeinen Folgendes vorausgehen zu lassen. Wenn von der Bestimmung des Werthes eines gewissen Objects die Rede ist, so muß dabey immer auf ein Bedürfniß für dasselbe Rücksicht genommen werden, welches den letzten Grund des Werthes ausmacht. Dieses Bedürfniß kann aber von doppelter Art seyn. Es offenbart sich nämlich entweder als Bedürfniß der Seele, durch Affection zum geliebten Gegenstande; oder es ist Bedürfniß des Körpers durch Brauchbarkeit des Objects. Wird der Werth nach dem Bedürfniß der Seele durch Affection bestimmt, oder wie Javolen sagt *L.* 36. *in fin. D. de bonis libertor.* si res *animo* potius et *affectu*, quam aliorum computatione aestimatur; so nennt man diesen Preis den Affectionswerth. Wird hingegen der Werth eines Objects durch die Brauchbarkeit desselben bestimmt, so ist es ein Tauschwerth.

werth. Dieser letztere läßt sich wieder nach zwey verschiedenen Maasstäben bestimmen. Man betrachtet nämlich den Werth eines Objects entweder an sich, ohne auf die individuellen Verhältnisse eines Subjects Rücksicht zu nehmen; oder der Werth eines Objects wird gerade nur an dem individuellen Bedürfniß eines Subjects gemessen. In dem ersten Falle ist der Preis, der blos nach dem gemeinen Bedürfniß für das Object bestimmt wird, nur ein gemeiner oder Marktpreis. Man nennt diesen Werth auch das *Interesse commune*, weil er, als Aequivalent, an und für sich jedem, statt des Objects, gelten kann [43]). Im zweyten Falle wird der Preis, der nach den individuellen Bedürfnissen eines Subjects bestimmt wird, das *Interesse singulare*, oder in der Sprache der Gesetze das *Interesse* im eigentlichen Sinn genennt. Denn fast immer wird in den Gesetzen [44]) die aestimatio rei, welche durch die Formel: *quanti ea res est*, angedeutet wird, dem *id, quod interest* entgegengesetzt, und unter dem letztern das *Interesse singulare*, oder der Werth verstanden, den eine Sache nach den besondern Verhältnissen eines Individuums,

43) *L. 3. §. ult. D. Uti possidetis* sagt: In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. *Quanti res est*, sic accipimus, *quanti uniuscuiusque interest*. Und *L. 68. D. de Rei vind.* heißt es: non pluris, quam res est, id est, *quanti adversarii interfuit*.

44) *L. 1. §. 20. D. de tut. et rationib. distrah. L. 11. §. 18. D. de act. emti vend. L. 21. §. 2. L. 22. D. ad Leg. Aquil. L. 193. D. de Verb. Signif.* S. den 4. Th. dieses Commentars §. 332.

und folglich nach den individuellen Bedürfnissen desselben hat. So gewiß es ist, daß die angegebenen drey verschiedenen Maasstäbe der Schätzung, nämlich Affection, gemeines Bedürfniß, und besonderes Interesse in den Gesetzen genau unterschieden werden[45]); so streitig ist es, ob sie auch alle drey bey dem Würderungseide zuläßig sind. Darüber sind alle einig, daß der Verletzte sein singuläres Interesse beschwören könne. Denn nach der *L.* 1. *D. h. t.* soll es dem Kläger erlaubt seyn, den streitigen Gegenstand *ultra rei pretium* zu schätzen; und Marcellus unterscheidet *L.* 8. *D. eodem* genau zwischen dem gemeinen Werth, quanti res est, und dem Werth, den er Verletzte nach seinem individuellen Interesse bestimmen kann, (pretium arbitrio domini statuendum, potestate petitori in litem iurandi concessa.) Nicht minder deuten die Worte des Callistratus *L.* 10. *D. eodem* actori permittitur in litem iurare, *quanti sua interest*, auf ein singuläres Interesse des Klägers; und bey dem Interdicto *quod vi aut clam*, bey welchem namentlich der Würderungseid gestattet wird[46]), sagt Ulpian *L.* 15. §. 7. *D. Quod vi aut clam*: Hoc interdicto tanti lis aestimatur, *quanti actoris interest*, id opus factum esse. Nur in einigen wenigen Fällen wollen die Gesetze, daß der Werth der Sache an sich, und also der Marktpreis zum Regulativ des Schätzungseides dienen soll. Dies war nämlich der Fall

1) bey

45) *L.* 33. *D. ad Leg. Aquil.* sagt: Pretia rerum non ex *affectione* — nec *utilitate singulorum* — sed *communiter* fungi. Eben so sagt *L.* 63. *pr. D. ad Leg. Falcid.*

46) *L.* 15. §. 9. *D. Quod vi aut clam.*

1) bey den Klagen des strengen Rechts. Marcian sagt *L.* 5. §. 4. *D. h. t.* Plane interdum et *in actione stricti iudicii* in litem iurandum est; veluti si promissor Stichi moram fecerit, et Stichus decesserit: *quia iudex aestimare, sine relatione iurisiurandi* [47], *non potest rem, quae non extat.* Hier erlaubte es die Natur der Klage nicht, das volle Interesse des Klägers als Maasstab der Würderung zuzulassen [48]. Nur die Sache an sich durfte geschätzt werden, wenn nicht das Interesse auf den Fall der Nichterfüllung des Versprechens in der Formel des Contracts ausdrücklich ausbedungen war. Denn die mora des Promittenten hatte hier keine andere Wirkung, als die der Perpetuirung der Verbindlichkeit [49]. Auch sollte hier der Würderungseid nur dann zugelassen werden, wenn ohne denselben der Richter die Sache zu schätzen nicht im Stande war. Uebrigens beweißt diese Stelle zugleich, was ich oben bemerkt habe, daß der Würderungseid nicht bloß bey der Restitution, sondern auch bey der Tradition Statt hatte. Der Maasstab des singulären Interesse fiel

2) auch bey denjenigen Klagen weg, in welchen der Römer das Mehrfache (duplum, quadruplum) als Aequi-

47) i. e. sine delatione. Die Worte *deferre*, und *referre iusiurandum* werden öfters verwechselt. Beyspiele liefern *L.* 24. *D. de iureiur. L.* 12. *D. rer. amotar.* S. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 292.

48) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 5. und besonders DRUMMER in der angef. Theorie des Würderungseides §. 16.

49) *L.* 23. *D. de Verb. obligat. Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XVI. Err. 8.

Aequivalent des zu ersetzenden Schadens statuirte. Denn bey diesen ersetzte schon das Mehrfache des reellen Preises den Preis des Interesse vollkommen. Javolen wendet diesen Grundsatz bey der actio furti an, wenn er *L.* 9. *D. h. t.* sagt: Cum *furti* agitur, iurare ita oportet, *tanti rem fuisse*, cum furtum factum sit. Daß hier blos von dem reellen Preis, den die gestohlne Sache an sich selbst hat, die Rede sey, ohne alle Rücksicht auf das individuelle Interesse des Bestohlnen, beweißt nicht nur der Zusammenhang, wenn man damit die unmittelbar vorhergehende *L.* 8. *h. t.* verbindet; sondern es giebt auch Ulpian hierüber den vollkommensten Aufschluß, wenn er *L.* 50. *pr. D. de furtis* sagt: In furti actione non, *quod interest*, quadruplabitur, vel duplabitur: sed *rei verum pretium.* Sed et si res in rebus humanis esse desierit, cum iudicatur: nihilominus condemnatio facienda est. Idemque etsi nunc deterior sit, aestimatione relata in id tempus, quo furtum factum est. Quod si pretiosior facta sit: eius duplum quanti tunc, cum pretiosior facta sit, fuerit, aestimabitur, quia et tunc furtum eius factum esse, verius est. Alles dieses sind indessen nur Ausnahmen von der Regel, welche im Würderungseide den Maasstab des singulären Interesse fordert, und wenn gleich bey uns die Gründe für jene Ausnahmen hinwegfallen [50]), so liefern sie uns doch immer noch einen bündigen Beweis gegen die irrige Ansicht derer, welche den Würderungseid für einen bloßen Affectionseid halten

50) Anderer Meinung ist zwar *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 5. Allein man sehe EMMINGHAUS ad *Eundem* Tom. II. pag. 177. und DAUMMER in der angeführten Theorie §. 16.

ten wollen. Es ist nun aber überhaupt noch die Frage, ob auch der Affectionswerth von dem Kläger, welcher in litem schwört, in die Würderung aufgenommen werden dürfe? Viele [51]) wollen dieses gänzlich läugnen. Sie sagen, ausdrücklich sey es auch nicht in einem Gesetz bestimmt, daß der Kläger seine Affection würdern dürfe; vielmehr stehe allenthalben klar geschrieben, *ut iuret actor, quod sua interfuit*[52]). Es lasse sich auch aus keinem sichern Princip die Zulässigkeit des Maasstabes der Affection erweisen. Denn wollte man von dem allgemeinen Grundsatz ausgehen: die Würderung tendire dahin, das Aequivalent eines zu ersetzenden Schadens abzuwiegen; so müßte man auch für das Würderungsrecht das allgemeine Princip des Römers gelten lassen: im Schadenersatze darf von Affection nie die Sprache seyn. Paulus lehre dieses ausdrücklich, wenn er *L.* 33. *D. ad L. Aquil.* sagt: Si servum meum occidisti, *non affectiones aestimandas esse puto*, (veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles,) *sed quanti omnibus valeret.* — Itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiorem esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redemturus fuit, nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset. *In Lege enim Aquilia damnum consequimur, et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogi-*

51) Man vergleiche hier besonders *Io. Laur.* DORN Diss. de iureiur. in litem pretii affectionis figmento liberato. §. 37. sqq. und DRUMMER in der angef. Theorie. §. 14.

52) *L. 2. §. et 10. D. h. t.* — *L. 68. D. de rei vindic.* — *L. 7. pr. D. de administr. et peric. tutor.*

cogimur. Legt man aber auch das dem Würderungseide d gene Princip zum Grunde, welches derselbe Paulus *L.* 9 *D. de act. rer. amotar.* in den Worten darstellt: No enim aequum est, invitum suo pretio re suas vendere; so erscheine jetzt der Kläger in der Qualität eines freyen Verkäufers. So wenig nun aber ein Verkäufer nach seiner Affection den Preis seiner Waaren bestimmen könne, eben so wenig könne im Würderungseide Affection als Maasstab gebraucht werden. Hiezu komme, daß nach der Meinung der Gesetze der Richter dem Kläger eine bestimmte Größe des Werthes vorlegen könne, innerhalb welcher der Kläger erst würdern dürfe. Sed iudex, sagt Marcian *L.* 5. §. 1. *D. h. t.* potest praefinire *certam summam*, usque ad quam iuretur; und Paulus stellt *L.* 18. *pr. D. de dolo* den Grundsatz auf: Officio iudicis debet *taxattone* iusiurandum refrenari. Nun sey Affection, an welcher doch diese Summe präfinirt werden müsse, etwas absolut Subjectives, und folglich von der Natur, daß sie sich in Rücksicht desselben Objects bey verschiedenen Subjecten in verschiedene Grenzen, ja sogar ins Unendliche erstrecken kann. Wie und wornach könnte nun da der Richter seine Fundamentalgröße berichtigen? Um aber vollends zu beweisen, daß der Affectionswerth in den römischen Gesetzen schlechterdings verworfen werde, beruft man sich auf folgende Gesetzstellen:

L. 1. §. 15. *D. Si quid in fraudem patroni.* Et alias videamus, si dicat patronus, rem quidem iusto pretio venisse, verumtamen hoc interesse sua, non esse venundatam, inque hoc esse fraudem, quod venierit possessio, in quam habet patronus *affectionem* vel opportunitatis, vel vicinitatis, vel coeli, vel quod illic edu-

educatus sit, vel parentes sepulti, an debeat audiri, volens revocare? *Sed nullo pacto erit audiendus, fraus enim in damno consistit pecuniario.*

L. 63. *pr. D. ad Leg. Falcid.* Pretia rerum *non ex affectu*, sed communiter funguntur.

L. 36. *D. de bonis libertor.* wo Javolen ea, quae *affectione* aestimanda sunt, denjenigen entgegensetzt, quae *pretio* sunt aestimanda.

Allein so scharf diese Gründe durchdacht zu seyn scheinen, so lassen sie doch noch manchen erheblichen Zweifel übrig, der dadurch nicht gelößt wird. Denn Erstens leuchtet jedem Unbefangenen in die Augen, daß in allen diesen Stellen kein Verbot enthalten sey, den Affectionswerth bey Bestimmung des Entschädigungs-Quantums zu berücksichtigen. Die actio Legis Aquiliae verstattete freylich, als eine Pönalklage, nicht, daß der Kläger seine Affection würdern durfte, weil er schon ohnehin den höchsten Preis erhielt, welchen der getödete Sklave in dem letzten Jahre hatte, und noch überdem das Interesse extra rem in Anschlag bringen konnte. Denn man setze, der getödete Sklave wäre der Hauptsänger bey einem Corps von Musikern gewesen, welches nun dadurch am Werth verlohren hätte, wie *L.* 23. *D. ad L. Aquil.* unter andern dieses Beyspiel giebt. Eben so zweckte die actio Faviana sowohl als die Calvisiana, worauf sich die *L.* 1. §. 15. *D. Si quid in fraud. patr.* bezieht, nur dahin ab, daß der Patron den ihm gebührenden Erbtheil aus der Verlassenschaft seines Freygelassenen erhalte. Man sahe also hier nicht auf Affection gegen das Individuum, sondern blos auf den gemeinen Werth desselben, wenn sich der Patron über eine

ihm

ihm zum Nachtheil geſchehene Veräuſſerung beſchwer
Konnte nun der Patron ſelbſt nicht läugnen, die Veräuſ
rung ſey pro iuſto pretio geſchehen, ſo konnte man nic
ſagen, das Vermögen ſeines Freygelaſſenen ſey dadurch
ſeinem Nachtheil vermindert worden; folglich konnte de
Patron ſeine Affection zur veräuſſerten Sache kein Rec
geben, die Veräuſſerung anzufechten. Immerhin abe
mochte den präterirten Patron nach der angeführten *L.* 36
D. de bonis libertor. ſeine Affection beſtimmen, die bono
rum poſſeſſio contra tabulas zu ſuchen, wenn ſchon di
Erbſchaft ſeines Freygelaſſenen ſehr verſchuldet war; weil
ſich im Nachlaß deſſelben ein Grundſtück befand, welches
die ihm werthen Gräber ſeiner geliebten Ahnen in ſich faßt.
*Non enim ideo minus habere debet ius petendae bonorum poſ-
ſeſſionis, qui animo potius, quam aliorum computatione bona
liberti aeſtimat.* Dahingegen verſtand ſich's von ſelbſt, daß
bey der Berechnung und Ausmittelung der Falcidiſchen
Quarte, von welcher in der *L.* 62. und 63. *D. ad L. Fal-
cid.* die Rede iſt, die vorhandenen Erbſchaftsſachen nicht
nach der Affection des Erblaſſers, ſondern nach demjenigen
wahren Werthe taxirt werden müſſen, den ſie zur Zeit ſei-
nes Todes haben [53]). Daraus folgt nun aber überall nicht,
daß der Verletzte ſein Würderungsrecht nicht auf den Af-
fectionswerth erſtrecken dürfe. Das Gegentheil iſt nicht
ſchwer zu erweiſen. Denn der Römer geht hier von dem
Grund-

53) In der *L.* 62. §. 1. *D. ad L. Falcid.* wird das pretium ve-
rum dem pretio formali entgegengeſetzt, und unter dem letztern
unſtreitig kein anderer, als der Affectionswerth verſtanden,
wie ſich aus L. 63. ſeq. ergiebt. S. *Iac.* VOORDA Commen-
tar. ad Leg. Falcidiam Cap. VIII. §. 19. pag. 183.

Grundsatz aus, der Verletzte soll den Preis selbst nach seiner Willkühr bestimmen, wenn ihm ein Anderer die Herausgabe seiner Sache hartnäckig vorenthält, oder ihn boshaft um das Seinige gebracht hat, wenn er sich nur den Werth zu beschwören getraut. Marcellus sagt ausdrücklich *L.* 8. *D. h. t.*

Non est aequum pretio (id est, quanti res est) litem aestimari: cum et contumacia punienda sit; *et arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit, potestate petitori in litem iurandi concessa.*

Daß dieser Eid nicht schlechterdings an das Interesse des Klägers gebunden seyn soll, lehrt Paulus eben so deutlich *L.* 2. §. 1. *D. h. t.*

Interdum, *quod interest agentis*, solum aestimatur, veluti cum *culpa* non restituentis, vel non exhibentis punitur: cum vero *dolus* aut *contumacia* non restituentis vel non exhibentis, *quanti in litem iuraverit actor.*

Der Maasstab für die Culpa, wird hier von dem Maasstabe der Würderung für den dolus und Ungehorsam unverkennbar unterschieden. Nun kannte aber der Römer nicht nur einen Affectionswerth der Dinge [54], sondern er verknüpfte,

54) Man sehe ausser der *L. 63. D. ad L. Falcid.* noch *L. 54. D. de Legat. II.* wo gesagt wird: Si cui fundus, centum dignus legatus fuerit, *si centum heredi vel cuilibet alii dederit:* uberrimum videtur esse legatum, nam alias interest legatarii fundum potius habere, quam centum. *Saepe enim confines fundos etiam supra iustam aestimationem interest nostra acquirere.*

knüpfte auch mit der Affection rechtliche Folgen. Die V
letzung derselben konnte Veranlassung zur Wiedereinsetzu
in den vorigen Stand geben, und konnte selbst Klagen b
gründen. Folgende Stellen werden dies alles ausser Zw
fel setzen.

L. 35. *D. de minorib.* Si in emtionem penes
collocatam minor adjectione ab alio superetur: im
plorans in integrum, restitutionem audietur, si ei
interesse emtam ab eo rem fuisse adprobetur; veluti,
quod maiorum eius fuisset: ita tamen, ut id, quod ex
licitatione accessit, ipse offerat venditori [55]).

L. 6. *pr. L.* 7. *D. de servis exportand.* Si vendi-
tor ab emtore caverit, *ne serva manumitteretur, neve
prostituatur*, et aliquo facto, contra quam fuerit ex-
ceptum, evincatur, aut libera iudicetur, et ex stipu-
latu poena petatur: doli exceptionem quidam obstatu-
ram putant; SABINUS, non obstaturam. Sed ratio
faciet, ut iure non teneat stipulatio, si, *ne manumitte-
retur*, exceptum est. — Caeterum si, *ne prostituatur*,
exceptum est, nulla ratio occurrit, cur poena peti et
exigi non debeat, cum et ancillam contumelia adfe-
cerit, *et venditoris affectionem forte, simul et verecundiam
laeserit*: etenim alias, remota quoque stipulatione, pla-
cuit ex vendito esse actionem.

Quodsi, *ne poenae causa exportaretur servus*, conve-
nit, *etiam affectionis ratione recte agetur.*

L. 54.

55) Man sehe über diese Stelle *Ios.* FINESTRES Commentar. in Hermogenianum pag. 246. seqq.

L. 54. pr. D. Mandati. Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum interceſſit, *ut servus manumitteretur*, nec manumiſerit, et pretium conſequetur dominus, ut venditor, et *affectus ratione mandati agetur* [56]). Finge filium naturalem, vel fratrem eſſe. Placuit enim Prudentioribus, *affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam.*

Soll alſo bey den Klagen, wo es auf Billigkeit ankommt, auch auf Affection Rückſicht genommen werden, ſo läßt ſich nicht füglich annehmen, daß die Römer bey dem iuramento in litem, bey einem Inſtitute, deſſen Hauptzweck volle Entſchädigung des Verletzten iſt, den Affectionswerth ganz ausgeſchloſſen haben ſollten. Das *iurare in infinitum*, wozu die Geſetze [57]) den Kläger berechtigen, überzeugt uns vom Gegentheile. Dieſe Worte erhalten nur dann erſt einen richtigen Sinn, wenn man damit die Behauptung verbindet, daß auch der Affectionswerth in den Würderungseid aufgenommen werden dürfe [58]). Uebrdem ſagt die *L.* 8. *D. h. t.* ganz allgemein,

56) Die Rechtsgelehrten ſind zwar bey der Erklärung dieſer Stelle ſehr verſchiedener Meinung. Man ſehe *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. POTHIER Pand. Iuſtin. Tom. I. Lib. XVII. Tit. 1. Nr. VII. not. f. et g. DORN cit. Diſſ. §. 33. und DRUMMER in der angef. Theorie §. 14. S. 31. Doch kann Niemand läugnen, daß nach dieſem Geſetz die Affection eine Klage begründen könne.

57) *L. 4. §. 2. D. h. t. L. 68. D. de Rei vindicat.*

58) S. *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. Lib. XII. ad L. 4. D. h. t. pag. 496.

daß beym Schätzungseide der Werth der Sache arbitr domini zu bestimmen sey. Der Einwand, daß es d Richter unmöglich werde ein Maximum zu bestimmen, bald der Verletzte sein Würderungsrecht auch auf den A fectionswerth erstrecken dürfe, kann uns nicht treffen. Der gerade hier, wo die Willkühr des Klägers leicht die Grä zen einer vernünftigen Affection überschreiten kann, ist e nöthig, das richterliche Ermessen eintreten zu lassen. Ue berdem lag die Taxatio iudicis ursprünglich offenbar nich im Geiste des Instituts. Sie scheint ein späterer Nach trag zu seyn, den selbst Ulpian noch nicht für unbezwei felt ansahe, und ihn deshalb durch Gründe zu rechtfertig gen suchte. Man erwäge nur folgende Worte: Iurare autem in infinitum licet, sagt Ulpian *L.* 4. §. 2. *D. h. t.* Dies ist also Grundsatz beym Würderungseide. Nun wirft dieser römische Jurist die Frage auf: Sed an iudex modum iuriiurando statuere possit, ut intra certam quantitatem iuretur, ne, arrepta occasione, in immensum iuretur, quaero? Et quidem in arbitrio esse iudicis, deferre iusiurandum, nec ne, constat. An igitur, qui possit iusiurandum non deferre, idem possit et taxationem iuriiurando adiicere, quaeritur? *Arbitrio tamen bonae fidei iudicis etiam hoc congruit.* So ward also ein Theil des Würderungsrechts dem Richter zurückgegeben, um Willkühr durch Willkühr zu beschränken, und er übt dies Recht aus, indem er nicht nur bey der Würderung des Klägers luxuriam et delicias von iustis affectionibus unterscheidet, wie sich Ulpian an einem andern Orte [59]) ausdrückt, sondern auch der iustae affectioni,

59) *L. 16. D. de manumiss. vindicta.*

ioni, durch Bestimmung eines Maximum, nach den Umständen, ein gewisses Ziel setzt. Dies bringt die richterliche Billigkeit mit sich. Wollte man hingegen zum alleinigen Maasstabe blos das Interesse des Klägers annehmen, wo sollte nun der Richter die Gränze abstecken, ohne entweder in das Rechtsgebiet des Verletzten einzugreifen, oder dem Schwörenden ein Recht zu geben, das dieser zu benutzen nicht befugt wäre? Ich glaube daher nicht ohne Grund die Meinung des großen Duarens [60]) unterschreiben zu dürfen, wenn dieser sagt: *Iusiurandum in litem sibi videri sic ad iurantis utilitatem referendum, ut ipsius quoque affectio nunnunquom attendenda sit. Nam, ut aliorum argumenta praetermittam, quod dicitur, in venditione pretium rei arbitrio domini statuendum esse, dubium non est, quin generaliter accipiendum sit, adeo ut si rem a domino emere volens, praeter iustum et commune pretium grandem ei pecuniam offerat, ad compensandum id, quod interest ipsius, re sua non carere, affectioni venditoris nihilominus indulgendum sit, quae quidem in equis, canibus, rebusque aliis non ita valde necessariis, aut utilibus, immodica plerumque conspicitur; ac qui modus est in bis rebus cupiditatis,* (ut ait CICERO) *id et aestimationis esse solet. Nihil etenim iure cautum reperitur, quo libertas ea in rerum venditionibus minuatur restringaturve. Quod cum ita sit, idem in hoc iureiurando utique observabitur: nisi forte quatenus Iudex nimiam illam iurantis affectionem, taxatione adiecta, moderandam esse arbitratus fuerit.*

Aus allem erhellet also soviel, daß es ein iusiurandum in litem *affectionis* und *veritatis* giebt, einen Wür-

60) Comm. ad h. Tit. Dig. nr. 8. *Operum* pag. 217.

derungseid, der bald den Affectionswerth, bald blos das eigentliche Interesse, und zwar entweder das gemeine oder singuläre geltend macht. Hellfeld verwirft zwar diese Eintheilung, und nimmt blos den Affectionseid, als die einzige wahre Gattung des Würderungseides, an. Das *iuramentum in litem veritatis* hält er für eine Art des Erfüllungseides, auf welches dann zu erkennen sey, wenn die Forderung des Klägers an sich ihre Richtigkeit habe, und nur lediglich über die Größe derselben oder die eigentliche Summe gestritten wird, wie er sich darüber §. 818. näher erklärt hat. Auch Anton Faber [61]) nimmt durchaus kein iuramentum *veritatis* an, und Caspar Schisordegher [62]) sucht besonders diese Meinung gegen die Einwürfe einiger Antagonisten des Fabers zu rechtfertigen. Neuere Rechtsgelehrten [63]) läugnen hingegen, daß es ein iuramentum in litem *affectionis* gebe. Sie nehmen nur ein iuramentum in litem an, welches aber weder den Beysatz *veritatis* vertrage, weil es die Ausmittelung des gemeinen Werths einer Sache nie unmittelbar bezwecke; noch den Beysatz *affectionis*, insofern man hierunter einen durch bloße individuelle Neigung begründeten, und ausserhalb der Sphäre des gesetzlichen Begriffs von Interesse liegenden Werth verstehe. Allein die meisten, auch neuern Rechtsgelehrten [64]), vertheidigen die angeführte Eintheilung.

61) Coniectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 13.

62) Ad *Anton.* FABRUM Lib. I. Tract. 24. Qu. 7.

63) WIRSCHINGER im angef. Versuche §. 82. vergl. mit §. 66. u. 68. und DRÜMMER in der angef. Theorie §. 14. und §. 18.

64 Io. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. et 2. *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 45. *Hug.* DONELLUS Commentar.

ctioni, durch Bestimmung eines Maximum, nach den Umständen, ein gewisses Ziel setzt. Dies bringt die richterliche Billigkeit mit sich. Wollte man hingegen zum alleinigen Maasstabe blos das Interesse des Klägers annehmen, wo sollte nun der Richter die Gränze abstecken, ohne entweder in das Rechtsgebiet des Verletzten einzugreifen, oder dem Schwörenden ein Recht zu geben, das dieser zu benutzen nicht befugt wäre? Ich glaube daher nicht ohne Grund die Meinung des großen Duarens [60]) unterschreiben zu dürfen, wenn dieser sagt: *Iusiurandum in litem sibi videri sic ad iurantis utilitatem referendum, ut ipsius quoque affectio nunnunquom attendenda sit. Nam, ut aliorum argumenta praetermittam, quod dicitur, in venditione pretium rei arbitrio domini statuendum esse, dubium non est, quin generaliter accipiendum sit, adeo ut si rem a domino emere volens, praeter iustum et commune pretium grandem et pecuniam offerat, ad compensandum id, quod interest ipsius, re sua non carere, affectioni venditoris nihilominus indulgendum sit, quae quidem in equis, canibus, rebusque aliis non ita valde necessariis, aut utilibus, immodica plerumque conspicitur; ac qui modus est in his rebus cupiditatis,* (ut ait CICERO) *id et aestimationis esse solet. Nihil etenim iure cautum reperitur, quo libertas ea in rerum venditionibus minuatur restringaturve. Quod cum ita sit, idem in hoc iureiurando utique observabitur: nisi forte quatenus Iudex nimiam illam iurantis affectionem, taxatione adiecta, moderandam esse arbitratus fuerit.*

Aus allem erhellet also soviel, daß es ein iusiurandum in litem *affectionis* und *veritatis* giebt, einen Wür-

60) Comm. ad h. Tit. Dig. nr. 8. *Operum* pag. 217.

ſteht, wie z. B. beym Gelde in gemeinen Sorten, ſo findet hier der Würderungseid nicht Statt. **Ulpian** ſagt dies *L. 3. D. h. t.* ausdrücklich:

Nummis depoſitis, iudicem non oportet in litem iusiurandum deferre, ut iuret quisque, quod ſua interfuit: *cum certa ſit nummorum aeſtimatio.*

Es iſt jedoch auch hier der Fall auszunehmen, wenn ein ſinguläres noch unbeſtimmtes Intereſſe des Klägers vorhanden wäre. Z. B. wenn der Deponent einen beſondern Schaden dabey leidet, daß er eine deponirte Geldſumme nicht zur gehörigen Zeit zurück erhalten kann. Daß alsdann auch bey dem Depoſitum einer beſtimmten Geldſumme der Würderungseid zuläſſig ſey, ſagt **Ulpian** ebenfalls am angeführten Ort, in den Worten:

Niſi forte de eo quis iuret, quod ſua interfuit, *nummos ſibi ſua die redditos eſſe.* Quid enim, ſi ſub poena pecuniam debuit, aut ſub pignore, quod, quia depoſita ei pecunia abnegata eſt, diſtractum eſt [66])?

Das Nämliche gilt auch von andern fungiblen Sachen [67]). Sonſt mag das Object immerhin eine körperliche oder unkörperliche [68]), eine bewegliche oder unbewegliche Sache ſeyn [69])

In

66) S. Müllers Verſuch über den Schätzungseid. §. 11.

67) DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XXVI. cap. 9.

68) *L. 7. D. Si ſervit. vindicet.*

69) LAUTERBACH Colleg. Pand. theor. pract. h. t. §. 16. WESTENBERG Princip. iuris ſec. ord. Dig. h. t. §. 9. MÜLLER ad *Struvium* h. t. §. 63. not. *a*. WIRSCHINGER §. 81. DRUMMER §. 30.

In Ansehung der unbeweglichen Sachen sind zwar mehrere Rechtsgelehrten [70]) anderer Meinung. Das Gesetz, worauf sie sich berufen, ist die *L.* 48. §. 1. *D. Locati cond.* wo Marcellus sagt: Qui servum conductum vel aliam rem non immobilem non restituit, quanti in litem iuratum fuerit, damnabitur. Nun läßt sich zwar nicht läugnen, daß bey unbeweglichen Sachen ihrer Natur nach der Würderungseid aus dem Grunde größtentheils wegfällt, weil hier die Restitution des Objects an den Kläger durch die executive Gewalt der Justiz sehr leicht erzwungen werden kann. Allein sind denn dadurch auch schon die entzogenen Utilitäten desselben restituirt? Nun soll ja nach *L.* 68. *D. de rei vindicat.* der Besitzer auch die Früchte vergüten, und omnis causae nomine verurtheilt werden [71]). Wegen solcher Nebenemolumente kann also allerdings der Würderungseid Statt finden. Zuweilen aber auch wegen der Sache selbst. Man setze, es habe Jemand das Gebäude boshaft in Brand gesteckt. Diesem ist auch das angeführte Fragment nicht entgegen. Zwar wage ich, es nicht, die Worte *non immobilem* mit Thibaut [72]) geradezu wegzuwerffen, welches mir darum bedenklich zu seyn, scheint, weil die Florentine sie hat, und auch die Basi-

70) *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad L. 48. §. 1. D. locati. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 290. THOMASIUS in Diss. de pretio affectionis etc. Cap. III. §. 33. und WALCH Introduct. in controvers. iuris civ. pag. 766.

71) Was *omnis causa* heißt, ist schon an einem andern Orte erklärt worden. S. den 8. Theil dieses Commentars §. 588.

72) Syst. d. P. R. 3. B. §. 1166. not. h. pag. 90.

ſteht, wie z. B. beym Gelde in gemeinen Sorten, ſo findet hier der Würderungseid nicht Statt. Ulpian ſagt dies *L.* 3. *D. h. t.* ausdrücklich:

Nummis depoſitis, iudicem non oportet in litem iusiurandum deferre, ut iuret quisque, quod ſua interfuit: *cum certa ſit nummorum aeſtimatio.*

Es iſt jedoch auch hier der Fall auszunehmen, wenn ein ſinguläres noch unbeſtimmtes Intereſſe des Klägers vorhanden wäre. Z. B. wenn der Deponent einen beſondern Schaden dabey leidet, daß er eine deponirte Geldſumme nicht zur gehörigen Zeit zurück erhalten kann. Daß alsdann auch bey dem Depoſitum einer beſtimmten Geldſumme der Würderungseid zuläſſig ſey, ſagt Ulpian ebenfalls am angeführten Ort, in den Worten:

Niſi forte de eo quis iuret, quod ſua interfuit, *nummos ſibi ſua die redditos eſſe.* Quid enim, ſi ſub poena pecuniam debuit, aut ſub pignore, quod, quia depoſita ei pecunia abnegata eſt, diſtractum eſt [66])?

Das Nämliche gilt auch von andern fungiblen Sachen [67]). Sonſt mag das Object immerhin eine körperliche oder unkörperliche [68]), eine bewegliche oder unbewegliche Sache ſeyn [69])

Ju

66) S. Müllers Verſuch über den Schätzungseid. §. 11.

67) DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XXVI. cap. 9.

68) *L.* 7. *D. Si ſervit. vindicet.*

69) LAUTERBACH Colleg. Pand. theor. pract. h. t. §. 16. WESTENBERG Princip. iuris ſec. ord. Dig. h. t. §. 9. MÜLLER ad *Struvium* h. t. §. 63. not. *. WIRSCHINGER §. 81. DRUMMER §. 30.

In Ansehung der unbeweglichen Sachen sind zwar mehrere Rechtsgelehrten [70]) anderer Meinung. Das Gesetz, worauf sie sich berufen, ist die *L.* 48. §. 1. *D. Locati cond.* wo Marcellus sagt: Qui servum conductum vel aliam rem non immobilem non restituit, quanti in litem iuratum fuerit, damnabitur. Nun läßt sich zwar nicht läugnen, daß bey unbeweglichen Sachen ihrer Natur nach der Würderungseid aus dem Grunde größtentheils wegfällt, weil hier die Restitution des Objects an den Kläger durch die executive Gewalt der Justiz sehr leicht erzwungen werden kann. Allein sind denn dadurch auch schon die entzogenen Utilitäten desselben restituirt? Nun soll ja nach *L.* 68. *D. de rei vindicat.* der Besitzer auch die Früchte vergüten, und omnis causae nomine verurtheilt werden [71]). Wegen solcher Nebenemolumente kann also allerdings der Würderungseid Statt finden. Zuweilen aber auch wegen der Sache selbst. Man setze, es habe Jemand das Gebäude boshaft in Brand gesteckt. Diesem ist auch das angeführte Fragment nicht entgegen. Zwar wage ich, es nicht, die Worte *non immobilem* mit Thibaut [72]) geradezu wegzuwerffen, welches mir darum bedenklich zu seyn, scheint, weil die Florentine sie hat, und auch die Basi-

70) *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad L. 48. §. 1. D. locati. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 290. THOMASIUS in Diss. de pretio affectionis etc. Cap. III. §. 33. und WALCH Introduct. in controvers. iuris civ. pag. 766.

71) Was *omnis causa* heißt, ist schon an einem andern Orte erklärt worden. S. den 8. Theil dieses Commentars §. 588.

72) Syst. d. P. R. 3. B. §. 1166. not. h. pag. 90.

Ansicht ist und kann der Würderungseid auf keinen Fall subsidiarisch seyn. Denn er ist ihm kein Beweismittel, sondern eine Gattung des Calumnieneides.

Soviel ist wohl gewiß, daß die Gesetze den Grundsatz, den Hellfeld aufstellt, nicht kennen. Es ist vielmehr leicht zu beweisen, daß er den Gesetzen und der Natur des Eides zuwider sey. Denn offenbar könnte doch durch die ordentlichen Beweismittel nur der wahre Werth der Sache dargethan werden. Allein die Gesetze sagen, der Kläger könne durch diesen Eid die Sache auch *ultra rei pretium* würdern [77]). Ja sie halten es nicht einmal für billig, daß der Beklagte, welcher aus Ungehorsam dem Kläger die ihm gehörige Sache nicht herausgeben will, blos den gemeinen Werth ersetze, wenn dieser auch bewiesen werden könnte. Um den Ungehorsam zu bestrafen, müsse man es vielmehr dem Kläger anheim stellen, den Werth nach seiner Willkühr zu bestimmen, so hoch er sich denselben zu beschwören getraut. Non est aequum sagt *L.* 8. *D. h. t.* pretio (id est, quanti res est) litem aestimari; cum et contumacia punienda sit; et *arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit, potestate petitori in litem iurandi concessa.* Und die *L.* 9. *D. de act. rer. amotar.* giebt davon den Grund an: Non enim aequum est, invitum suo pretio res suas vendere; welcher in der *L.* 70. *D. de Rei vindicat* noch weiter dadurch motivirt wird: ne in potestate cuiusque sit, per rapinam ab invito domino rem iusto pretio comparare. Erwägt man nun noch insonderheit, daß nach Hellfelds Idee der Würderungs-

77) *L. t. D. h. t.* Res ex contumacia aestimatur ultra rei pretium.

derungseid ein bloßer Affectionseid ist, so erscheint sein ganzer Satz als offenbar ungereimt. Denn wie kann Affection, als etwas schlechterdings Subjectives, durch andere Beweismittel, als durch den Eid, dargethan werden? Es ist wenigstens immer ein auffallender Pleonasmus, die Zulässigkeit des Würderungseides durch den Fall des unmöglichen Gegentheils zu bedingen. Um jedoch die Hypothese der Hellfeldischen Subsidiarität vollends zu zernichten, füge ich noch einen Beweis aus *L.* 60. §. 1. *D. ad L. falcid.* hinzu, wo gesagt wird: Legato petito, *cum in litem iuratum est*, ratio Legis Falcidiae non eius summae, *in quam legatarius iuravit*, sed eius, *quanti revera id fuit*, *quod petitum est*; nam id, quod poenae causa adcrevit, in Legem Falcidiam non incidit. Hier wird doch nun deutlich genug der beschworne Werth von dem wahren Werthe unterschieden, der bey der Berechnung der Falcidie zum Grunde gelegt werden soll. Also muß dieser doch auch da zu bestimmen gewesen seyn, wo gleichwohl der Legatar wegen des Ungehorsams des Erben zum Würderungseide gelassen wurde.

Erwiesen wäre also, daß der Schätzungseid kein blos subsidiarisches Beweismittel sey, indem vielmehr das dem Kläger eingeräumte Recht der eigenen eidlichen Würderung des streitigen Objects als Strafe für den Dolus oder den Ungehorsam des Beklagten angesehen wird.

Allein sollte es deswegen nicht Fälle geben, wo dieser Eid doch nur subsidiarisch zugelassen wird? Ich glaube, daran läßt sich nicht zweifeln, so sehr auch DRUMMER dagegen streitet. Denn man erwäge nur, was Ulpian *L.* 4. §. 3. *D. h. t.* sagt:

Item

halten, somit denselben vom Eide der Würderung ausschließen könne? Diese Frage ist zu verneinen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden sind, unter welchen es dem Kläger erlaubt ist, den Werth seiner Sache nach seiner Willkühr zu bestimmen. Hier mag der Richter schätzen können, oder nicht; der Kläger mag den Werth der Sache auf andere Art beweisen können, oder nicht; immer bleibt es der Willkühr des letztern anheim gestellt, sich des Eides der Würderung zu bedienen. Unbedingt räumt diese Befugniß die oben wörtlich angeführte *L.* 8. *D. h. t.* dem Kläger ein. Auf diesen Fall können also die Worte Ulpians *L.* 4. §. 2. *D. h. t.* Et quidem in arbitrio esse iudicis, deferre iusiurandum, nec ne, nicht gezogen werden [80]). Denn der Richter ist nie befugt, einer Parthey Eigenthum wider ihren Willen zu verkaufen. Wo es hingegen bloß auf die Ausmittelung des gemeinen Interesse ankommt, und der Würderungseid also nur ein subsidiarisches Beweismittel ist, da hängt es von dem richterlichen Ermessen ab, ob und in wiefern er den Eid für nothwendig hält. Er kann ihn daher auch abschlagen, wenn sich der Schade auf andere Art taxiren läßt.

In Rücksicht desjenigen, welcher zum Würderungseide zugelassen zu werden verlangt, ist zu bemerken, daß nur der Beschädigte, welchem das Würderungsrecht zusteht, wodurch das iuramentum in litem bedingt ist, zu diesem Eide gelassen wird; und zwar muß der Kläger in eigenem Namen sein Recht verfolgen, er sey dann Eigenthümer, oder nicht [81]). Denn auch der Pfandgläubiger wird

80) S. VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 45.

81) *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XVI. cap. 15. irrt offenbar, wenn er behauptet, daß nur der Eigenthümer zum Würde-

wird zum iuramento in litem gelassen, wenn der Besitzer des Pfandes entweder die Herausgabe desselben hartnäckig verweigert, oder das Pfand arglistig zu besitzen aufgehört hat. Ein bloßer Procurator hingegen, wofern er nicht in rem suam vor Gericht handelt [82]), wird nicht zu diesem Eide zugelassen, wenn er auch mit einer Specialvollmacht versehen wäre [83]), weil es hier der Würderung eines eigenen und individuellen Interesse des Klägers gilt [84]). Ganz deutlich sprechen dieses folgende Gesetze aus.

L. 7. *D. h. t.* Vulgo praesumitur, alium in litem non debere iurare, quam *dominum litis* [85]). Denique [86]) PAPINIA-

Würderungseide gelassen werde. Ihn hat deshalb ausführlich widerlegt BACHOV in Tr. de Actionib. Disput. VII. Th. 16. pag. 74. sq. Man sehe auch Müllers Versuch über den Schätzungseid. §. 5.

82) *L.* 13. §. 1. *D. de pact.* *L.* 25. *D. de procurat.* S. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Ex. XVII. Th. 61. not. 5.

83) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 3.

84) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 292. Nach dem Gerichtsgebrauche kann jedoch ein Sachwalter den Würderungseid in die Seele seines Principals ablegen. S. MÜLLER ad *Struvium* c. l. *de* COCCEJI c. l. und Müller a. a. O.

85) i. e. ad quem lis ea pertinet, sive per se, sive per procuratorem in lite substiterit. S. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

86) Das Wort *denique* soll hier eine Folge aus dem Vorhergehenden bezeichnen. Es ist soviel als *Ideo*; in welcher Bedeutung es schon mehrmalen vorgekommen ist. S. den 11. Th. dieses Commentars §. 743. Not. 35. S. 212.

Item videndum, an possit iudex, qui detulit iu iurandum, non sequi id: sed vel prorsus absolvere *vel etiam minoris condemnare, quam iuratum est*? Et magis est, ut ex magna causa, et *postea repertis probationibus* possit.

Kann nun der Richter nach bereits abgelegtem Würderungseide, wegen nachher gefundener Beweise, das beschworne Quantum mindern, so hätte wohl, wenn diese Beweise vor Ablegung des Eides vorhanden gewesen wären, der Eid schwerlich vom Richter erkannt werden können. Zwar bin ich davon lebhaft überzeugt, daß, wenn Ungehorsam des Beklagten in der Restitution des streitigen Gegenstandes dem Kläger das Recht gab, den Werth desselben nach seiner Willkühr und Affection zu bestimmen, gegen den einmal abgeleisteten Eid kein Gegenbeweis zuläßig sey, weil hier klare Gesetze dem Kläger erlauben, auch über den wahren Werth zu würdern [78]). Allein daß dieses nicht der einzige Fall sey, in welchem der Würderungseid Statt findet, ist schon oben gezeigt worden. Es giebt Fälle, wo der Kläger durch den Würderungseid nur den gemeinen Werth, oder das gemeine Interesse beschwören darf; oder wo der Kläger darum zum Würderungseide gelassen wird, weil der Abgang der ordentlichen Beweismittel durch den Dolus des Beklagten verursacht worden ist.

78) Es kommt hier noch der Grund in Betrachtung, daß ein Contumax, wegen neu gefundener Beweise, eben so wenig contra rem iudicatam restituirt werden kann, als ihm gegen eine solche Sentenz die Appellation gestattet wird. *L. 13. §. 4. C. de iudic. L. 1. Cod. Quorum appellat. L. 73. §. 3. D. de iudiciis.*

ist. In solchen Fällen ist doch wohl unstreitig der Würderungseid als ein bloß subsidiarisches Beweismittel anzusehen. Marcian läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L.* 5. §. 4. *D. h. t.* sagt:

Plane interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum est; veluti, si promissor Stichi moram fecerit, et Stichus decesserit, *quia iudex aestimare, sine relatione* (i. e. delatione) *iurisiurandi, non potest rem, quae non extat.*

Es ist hier von einem solchen Falle die Rede, wo nach der Natur der Klage nur der gemeine Werth zum Maasstabe angenommen werden konnte, wie bereits oben (S. 425.) näher gezeigt worden ist. Hier soll nun der Würderungseid ausnahmsweise darum zugelassen werden, weil ohne denselben der Richter die Sache nicht schätzen kann, die nicht mehr ist. Wird hierdurch der Eid der Würderung nicht ausdrücklich als ein subsidiarischer Eid erklärt? Man wendet zwar dagegen ein, daß hier nicht sowohl der Würderungseid, als vielmehr das Würderungsrecht subsidiarisch sey, und folglich die subsidiarische Natur des Eides nichts anders, als der bloße Reflex der subsidiarischen Natur des Würderungsrechtes sey [79]). Allein man betrachte nur die Worte des Gesetzes näher, um sich zu überzeugen, daß von dem Würderungseide selbst die Rede sey, nicht zu gedenken, daß sich ja kein Würderungseid, ohne ein Würderungsrecht, gedenken läßt.

Hieraus ist nun auch die Frage zu entscheiden, ob der Richter dem Kläger die Befugniß der Würderung vorenthalten,

79) S. DRUMMER in der angef. Theorie §. 21. S. 55. f.

halten, somit denselben vom Eide der Würderung ausschlie-ßen könne? Diese Frage ist zu verneinen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden sind, unter welchen es dem Kläger erlaubt ist, den Werth seiner Sache nach seiner Willkühr zu bestimmen. Hier mag der Richter schätzen können, oder nicht; der Kläger mag den Werth der Sache auf andere Art beweisen können, oder nicht; immer bleibt es der Willkühr des letztern anheim gestellt, sich des Eides der Würderung zu bedienen. Unbedingt räumt diese Befugniß die oben wörtlich angeführte *L.* 8. *D. h. t.* dem Kläger ein. Auf diesen Fall können also die Worte Ulpians *L.* 4. §. 2. *D. h. t.* Et quidem in arbitrio esse iudicis, deferre iusiurandum, nec ne, nicht gezogen werden [80]). Denn der Richter ist nie befugt, einer Parthey Eigenthum wider ihren Willen zu verkaufen. Wo es hingegen bloß auf die Ausmittelung des gemeinen Interesse ankommt, und der Würderungseid also nur ein subsidiarisches Beweismittel ist, da hängt es von dem richterlichen Ermessen ab, ob und in wiefern er den Eid für nothwendig hält. Er kann ihn daher auch abschlagen, wenn sich der Schade auf andere Art taxiren läßt.

In Rücksicht desjenigen, welcher zum Würderungseide zugelassen zu werden verlangt, ist zu bemerken, daß nur der Beschädigte, welchem das Würderungsrecht zusteht, wodurch das iuramentum in litem bedingt ist, zu diesem Eide gelassen wird; und zwar muß der Kläger in eigenem Namen sein Recht verfolgen, er sey dann Eigenthümer, oder nicht [81]). Denn auch der Pfandgläubiger wird

80) S. VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 45.

81) *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XVI. cap. 15. irrt offenbar, wenn er behauptet, daß nur der Eigenthümer zum Würde-

wird zum iuramento in litem gelaſſen, wenn der Beſitzer des Pfandes entweder die Herausgabe deſſelben hartnäckig verweigert, oder das Pfand argliſtig zu beſitzen aufgehört hat. Ein bloßer Procurator hingegen, wofern er nicht in rem ſuam vor Gericht handelt [82]), wird nicht zu dieſem Eide zugelaſſen, wenn er auch mit einer Specialvollmacht verſehen wäre [83]), weil es hier der Würderung eines eigenen und individuellen Intereſſe des Klägers gilt [84]). Ganz deutlich ſprechen dieſes folgende Geſetze aus.

L. 7. *D. h. t.* Vulgo praesumitur, alium in litem non debere iurare, quam *dominum litis* [85]). Denique [86]) PAPINIA-

Würderungseide gelaſſen werde. Ihn hat deshalb ausführlich widerlegt BACHOV in Tr. de Actionib. Diſput. VII. Th. 16. pag. 74. ſq. Man ſehe auch Müllers Verſuch über den Schätzungseid. §. 5.

82) *L.* 13. §. 1. *D. de pact.* *L.* 25. *D. de procurat.* S. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Ex. XVII. Th. 61. not. 5.

83) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 3.

84) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 292. Nach dem Gerichtsgebrauche kann jedoch ein Sachwalter den Würderungseid in die Seele ſeines Principals ablegen. S. MÜLLER ad *Struvium* c. l. *de* COCCEJI c. l. und Müller a. a. O.

85) i. e. ad quem lis ea pertinet, ſive per ſe, ſive per procuratorem in lite ſubſtiterit. S. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

86) Das Wort *denique* ſoll hier eine Folge aus dem Vorhergehenden bezeichnen. Es iſt ſoviel als *Ideo*; in welcher Bedeutung es ſchon mehrmalen vorgekommen iſt. S. den 11. Th. dieſes Commentars §. 743. Not. 35. S. 212.

PINIANUS ait, alium non posse iurare, quam eum, *qui litem suo nomine contestatus est* [87]).

L. 16. §. 3. *D. de pignerib. et hypoth.* In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est? Nam si non possideat, nec dolo fecerit, quo minus possideat, absolvi debet. — *Sin vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus, non possit rem ipsam restituere; tanti condemnabitur, quanti actor in litem iuraverit; sicut in caeteris in rem actionibus* [88]). Nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, cum et in personam agendo idem consequeretur.

Es ist merkwürdig, daß auch ein Dieb und Räuber zu dem Würderungseide zugelassen wird, wenn er die gestohlne oder geraubte Sache einem Dritten geliehen, oder in Verwahrung gegeben hat, sofern ihm die Sache durch den Dolus des Dritten nicht restituirt wird. Denn daß auch einem Diebe oder Räuber die actio depositi oder com-

87) Durch diese Worte giebt Ulpian deutlich zu erkennen, daß Procuratoren, wenn sie auch nach dem röm. Recht als domini litis betrachtet werden, dennoch von dem Würderungseide ausgeschlossen seyn sollen. *Non enim suo, sed domini mandantis nomine litem contestantur*, wie VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 3. hier ganz richtig bemerkt. In den *Basilicis* Tom. III. pag. 205. Const. 7. heißt es: Μόνος ὁ ἰδίῳ ὀνόματι εἰσαγαγών, ὀμνυσι τὸν ἔνδικον ὅρκον. i. e. *Solus in litem iurat, qui suo nomine agit.*

88) Was der Gläubiger über den wahren Werth der Sache erhalten hat, giebt er, so weit es über die Forderung hinausgeht, dem Schuldner heraus. *L.* 21. §. 3. *D. de pignorib.* S. Westphals Pfandrecht. §. 267. Not. 297. S. 387.

commodati in diesem Falle zustehe, ist bekannt [89]). Nun paßt zwar hier der Grund nicht, aus welchem sonst wegen verweigerter Restitution des streitigen Gegenstandes dem Kläger der Würderungseid gestattet wird: *Quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat* [90]); oder wie Paulus sagt [91]: *Non enim aequum est, invitum suo pretio res suas vendere.* Allein weil doch der Dieb dem Eigenthümer verantwortlich bleibt, und daher auch ihm daran liegt, den höchst möglichen Werth der Sache zu erhalten, den der Eigenthümer fordern könnte [92]); überdem die von Seiten des Beklagten gebrochene Treue in den Augen der Gesetze darum nicht minder strafwürdig erscheint, weil die Sache eine gestohlne ist: *Nemo enim ex alieni delicti causa novam et propriam delinquendi occasionem capere debet* [93]); so läßt sich nun jenes Problem wohl auflösen, welches in den Worten Ulpians zu liegen scheint, wenn er *L. 64. pr. D. de iudiciis* sagt:

> Non a iudice doli aestimatio ex eo, quod interest, fit, sed ex eo, *quod in litem iuratur. Denique et praedoni depositi et commodati ob eam causam competere actionem, non dubitatur.*

89) *L. 1. §. 39. D. depositi. L. 16. D. Commodati.*

90) *L. 25. §. 1. D. Soluto matrim.*

91) *L. 9. D. de act. rer. amotar.*

92) *L. 1. §. 39. D. depositi* führt den Grund selbst an: *nam interest eorum, eo quod teneantur.*

93) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 64. pr. D. de iudiciis und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. I. not. b. pag. 361.

Uebrigens wird nun freylich vorausgesetzt, daß der Kläger, welcher zu diesem Eide zugelassen werden will, überhaupt auch fähig sey, einen gerichtlichen Eid zu schwören. Daher wird ein Unmündiger nicht zu diesem Eide gelassen. Jedoch kann der Vormund, wenn er will, für seinen Mündel schwören, nämlich sofern er Kenntniß von dem streitigen Gegenstande hat. *Nam tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi debet*, sagt Paulus *L.* 27. *D. de administrat. tutor.* Es versteht sich aber, daß der schwörende Vormund nicht sein eigenes, sondern das Interesse seines Mündels, zum Maasstabe nimmt. Eben dieses gilt auch von andern Curatoren, wegen der übernommenen Pflicht, das Vermögen ihrer Pflegbefohlnen zu erhalten. Der Vormund darf also schwören, wird aber nicht dazu gezwungen. Die Mutter des Pupillen hingegen kann nicht für ihn schwören, wenn sie gleich dazu bereitwillig wäre. Ist sie aber nicht wenigstens alsdann zuzulassen, wenn sie Vormünderin ist? Voet [94]) läugnet dieses aus dem Grunde, damit sie nicht aus allzugroßer Liebe zu ihren Kindern einen Meineid zu begehen veranlaßt werden möge. Ihm stimmt auch Wirschinger [95]) bey. Allein als Vormünderin hat die Mutter gleiche Rechte mit andern Vormündern, und kein Gesetz schließt sie in diesem Falle aus [96]). Ein Minderjähriger kann selbst schwö-

94) Comment. ad Pand. h. t. §. 3.

95) Versuch einer neuen Theorie über das I. i. l. §. 75. S. 139. not. c.

96) S. *Io. Balth.* L. B. *a* WERNHER Select. Observation. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. num. 325. sqq. *Io. Henr.* BERGERI Resolution. Legg. obstant. h. t. Qu. 1. *de* COCCEJI iur. civ. con-

schwören, sobald er mündig ist. Dies alles faßt folgende Stelle Ulpians zusammen.

L. 4. *pr. D. h. t.* Videamus in tutelari causa, quis iurare et adversus quem possit? Et quidem ipse pupillus, si impubes est, non potest: hoc enim saepissime rescriptum est. Sed nec tutorem cogendum, vel matrem pupilli admittendam, etsi parata esset iurare, Divi Fratres rescripserunt [97]). Grave enim videbatur,

contröv. h. t. Qu. 2. *Io. Ulr.* CRAMER Diss. de iuramento in litem affectionis et veritatis. §. 73. et 74. und besonders *Conr. Wilh.* STRECKER Diss. de iuramento in litem et inprimis, quod pro pupillo mater eius ad iurandum in litem etiam admittenda sit. *Erfordiae 1724.* §. 13.

97). Diese Stelle redet freylich ganz allgemein. Allein man bedenke den wahren Grund, warum die Mutter nach dieser Stelle nicht für ihr unmündiges Kind schwören sollte. Dieser war theils, weil sie nicht als domina litis betrachtet werden konnte, theils weil sie zu Ulpians Zeiten auch noch von der Vormundschaft ihrer Kinder ausgeschlossen war. *L. 1. Cod. Quando mulier tutoris off. fungi.* Denn zu diesen Zeiten standen Frauenspersonen selbst noch unter einer perpetuirlichen Vormundschaft. S. ULPIANI *Fragm. Tit. XI. §. 24.* (bey SCHULTING in Iurisprud. Antejust. pag. 602.) Diese hörte erst in spätern Zeiten auf, und durch die Verordnungen der Kaiser Valentinianus, Theodosius und Justinian wurde ausnahmsweise einer Mutter erlaubt, die Vormundschaft über ihre Kinder zu führen. *L. 2. C. eodem. Nov. 94.* und *Nov. 118. cap. 5.* Daher sind die *L. 16.* und *L. ult. D. de tutelis* unstreitig von Tribonian interpolirt, wie *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano Lib. II. ad L. 10. D. de legitim. tutorib. §. 6. pag. 547. gegen Bynkershök gezeigt hat. WEHRN in Doctr. iuris explicatr. principior. damni praestandi §. 65. pag. 413. be-

et ignorantes, et invitos tutores, sub alieni compendii emolumento, etiam periurium anceps subire. Curatores quoque pupilli vel adolescentis non esse cogendos in litem iurare, rescriptis Imperatoris nostri et D. Patris eius continetur. Si tamen tantam affectionem pupillo suo, vel adolescenti tutores vel curatores praestare volunt, auctoritas iuris non refragabitur, quin iudicio, quod inter ipsos acceptum est, finis eiusmodi possit adhiberi: non enim ad suam utilitatem iurisiurandi referenda aestimatio est, sed ad domini, cuius nomine tutelae ratio postuletur. Adolescens vero, si velit, iurare potest.

Nach der Analogie dieses Gesetzes kann auch der Vater für seine noch unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder das iuramentum in litem schwören, wenn die Sache das Peculium derselben betrifft. Denn verwaltet der Vater das Peculium der Kinder vermöge der väterlichen Gewalt, so kann er nach der Verordnung des Kaisers Constantin [98]) vor Gericht in eigenem Namen, und auf eine solche Art handeln, tanquam solidum perfectumque dominium ei adquisitum fuisset. Wenn er es aber auch nur als gesetzlicher Curator verwaltet, so kann er wegen der ihm in dieser Eigenschaft obliegenden Pflicht, das Vermögen der Kin-

behauptet, daß heutzutage eine Mutter, auch wenn sie nicht Vormünderin ist, für ihre unmündige Kinder schwören könne, wenn sie mehr Kenntniß von dem streitigen Gegenstande hat, als der Vormund.

98) *L. 1. Cod. de bonis matern.* Man vergleiche auch *L. 8. Cod. de bonis, quae liberis.*

Kinder im Stande zu erhalten, so gut, wie jeder anderer Curator, in litem schwören [99]).

Daß dem Erben, so gut, wie seinem Erblasser, den er repräsentirt, das Recht der eidlichen Würderung zustehe, leidet keinen Zweifel. Geschahe die Beschädigung sogar erst nach angetretener Erbschaft, so tritt der Erbe im vollesten Sinn als dominus auf, und macht nun, als solcher, sein Würderungsrecht durch das iuramentum in litem geltend [100]).

Da übrigens der Würderungseid als eine Rechtsbegünstigung des Klägers anzusehen ist, so ist derselbe nicht schlechterdings verbunden, den Eid, wenn ihm der Richter solchen zuerkennt, zu schwören, sondern er kann auch die Schätzung des Schadens blos dem richterlichen Ermessen überlassen, wenn gleich das Urtheil, wodurch dem Kläger der Eid ist auferlegt worden, schon in die Rechtskraft übergegangen wäre. Es müssen nur dem Richter in sol-

99) S. WEHRN Doctr. iuris explicatrix principior. et causarum damni praestandi §. 65. pag. 412. und BERGER Oeconom. iuris. Lib. IV. Tit. 25. §. 3. Not. 6.

100) S. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 316. *Mich. Godofr.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 6. WEHRN a. a. O. S. 413. und WIRSCHINGER in dem angef. Versuche. §. 75. S. 140. Viele behaupten sogar, daß wenn der Erblasser den ihm vom Richter angetragenen Würderungseid vor seinem Tode schon angenommen hatte, derselbe für abgeleistet zu achten sey. GAIL Lib. I. Obs. 43. HAHN Observat. ad *Wesenbec.* h. t. nr. 4. STRUV Synt. iuris civ. Exerc. XVII. Th. 61. in fin. und MÜLLER ad Eundem not. g. Allein BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Disputat. XXI. Th. 12. lit. E. verwirft diese Meinung mit Recht.

chem Falle noch andere Mittel zu Gebote stehen, um selbst schätzen zu können [1]). Folgende Gesetzstellen verdienen hier besonders bemerkt zu werden.

L. 71. *D. de Rei vindicat.* Quod si possessor quidem dolo fecit, *actor vero iurare non vult*, sed quanti res sit, adversarium condemnari maluit, *mos ei gerendus est.*

L. 2. *Cod. de in lit. iur.* Is, qui rationem tutelae seu curae reposcit, *invitus in litem iurare compelli non potest*: *sed volens ita demum audiendus est*, si heres per longam successionem tutoris instrumenta pupillaria dolo, vel circumveniendi pupilli gratia, exhibere non vult.

Diesen ist nicht entgegen, wenn Paulus *L.* 11. *D.* h. t. sagt: De periurio eius, *qui ex necessitate iuris in litem iuravit*, quaeri facile non solere. Denn diese necessitas iuris geht eigentlich auf den Richter, der unter den gesetzlichen Voraussetzungen den Eid erkannt hat, wie Faber [2]) und Vinnius [3]) diese Stelle ganz richtig erklären. Nur in dem Falle würde der Kläger den Eid nicht ablehnen können, wenn der Richter zu schätzen auf keine Weise im Stande ist. Faber sagt: *Uno tamen casu hoc iusiurandum in litem omnimodo praestandum est, nempe cum defertur, non tantum ex iuris, sed etiam ex facti necessitate, id*

1) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLVI. medit. 4. Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 124. Wernher lectiss. Commentat. ad Pand. h. t. §. 4. und Wehrn Doctr. cit. §. 65. pag. 421.

2) Rational. in Pand. ad L. ult. D. h. t.

3) Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 45.

id est, cum impossibile est, iudicem aliter, quam per actoris iusiurandum, aestimare rem, quae non extat.

§. 815.

Giebt es ein iuramentum in litem veritatis für den Fall geringer Verſehen? Gegen wen hat der Würderungseid Statt?

Die geſetzliche Vorausſetzung der Zuläßigkeit des Würderungseides iſt beharrlicher Ungehorſam, oder ein rechtlich erwieſener, wenigſtens dafür anzunehmender dolus des Beklagten. Dem dolus iſt bekanntermaßen eine culpa lata gleichzuachten [4]). Ob aber auch wegen einer culpa levis jene eidliche Würderung des Klägers Statt habe, iſt ſtreitig. Viele [5]) behaupten, hier trete das iuramentum in litem veritatis ein, wenn ſonſt kein anderes Beweismittel vorhanden iſt. Allein wenn gleich auch in ſolchen Fällen, wo dem Beklagten weder ein actenkundiger Ungehorſam, noch ſonſt ein widerrechtlicher Vorſatz, oder eine demſelben gleichzuſchätzende culpa lata, als rechtlich erwieſen, zur Laſt fällt, ſondern ein geringeres Verſehen des Beklagten, als Veranlaßungsgrund der verletzenden Handlung deſſelben, anzuſehn iſt, das Würderungsrecht des Klägers ſo gut, wie in jenen erſtern, begründet iſt; ſo iſt doch, wegen verminderter Imputabilität des Beklag-

4) *L. 226. D. de Verb. Signif.* Magna culpa dolus eſt.

5) STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XVII. Th. 68. MÜLLER ad *Eundem.* not. γ. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 1. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 25. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1166. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 484. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4535. Müller in dem Verſuch über den Schätzungseid. §. 8. u. a. m.

ten, die Würderungsart hier ganz verschieden. Daß für diesen Fall der Würderungseid nicht Statt habe, sondern das Würderungsrecht des Klägers nur auf dem ordentlichen Wege der Beweisführung durch den Ausspruch des Richters realisirt werden könne, beweisen folgende Gesetze buchstäblich.

L. 2. §. 1. *D. h. t.* Interdum, quod interfit agentis, solum aestimatur, *veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur:* cum vero dolus aut contumacia non restituentis, vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor.

L. 4. §. 4. *D. eodem.* Ex *culpa* autem non esse iusiurandum deferendum, constat: sed aestimationem a iudice faciendam.

L. 5. §. 3. *D. eodem.* Sed in his omnibus *ob dolum solum* in litem iuratur, non etiam *ob culpam*: haec [6]) enim iudex aestimat.

L. 2.

6) Ich muß hier bemerken, daß das *haec* dem großen holländischen Critiker *Gerh.* NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 291. ein Verstoß gegen die Regeln der Grammatic zu seyn scheint. Schon die Sache erfordere, daß man ohne weiteres Bedenken HANC sc. culpam lesen müsse. Allein ihm entgieng hier, was er selbst an einem andern Ort Lib. I. Observation. c. 4. und in Tr. de Pactis et Transact. cap. 1. sehr gründlich erinnert hat, daß unter *culpa* und *dolus* im Styl der röm. Rechtsgelehrten sehr häufig *ea, quae culpa vel dolo fiunt*, verstanden werde. *Io. Guil.* MARCKART Interpretation. receptarum iuris civ. Lection. Lib. I. cap. 20. §. 4. und *Ger.* OELRICHS in Diss. de vita, studiis, honoribus et scriptis Aelii Marciani ICti. *Trajecti ad Rhen. 1754.* Cap. IV. §. 5. haben diese Construction durch viele Stellen aus den röm. Klassikern und andern Fragmenten

L. 2. *Cod. de in litem iur.* Sin vero *neque dolus, neque lata culpa, neque fraus heredis convincitur*, OMISSA IURISIURANDI FACULTATE, iudex *de veritate* cognoscet: quae etiam *argumentis liquidis* investigari potest.

Ueberall wird hier die Würderung des Klägers durch seinen eigenen Eid der richterlichen Schätzung entgegen gestellt. Jenes Recht zu würdern wird dem Kläger ausdrücklich nur unter der Bedingung zugesichert, wenn die erlittene Verletzung einen dolus, oder culpa lata, oder contumacia des Beklagten zum Grunde hat. Die letztere hingegen soll dann lediglich entscheiden, wenn der Schade durch eine culpa im eigentlichen Sinn, so fern sie dem dolus entgegen gesetzt wird, das heißt, durch eine culpa levis des Beklagten verursacht worden ist. Soll also hier der Richter urtheilen, so ist damit zugleich ganz klar ausgesprochen, daß der gerichtliche gewöhnliche Gang zur Ausmittelung einzuschlagen sey. Bey so klaren Stellen der römischen Gesetze darf man nun auch die zur Unterstützung der gemeinen Meinung angeführten Gesetzstellen nicht sehr fürchten. Es sind folgende

L. 5. §. 4. *D. h. t.* Plane interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum est; veluti; si promissor Stichi moram fecerit, et Stichus decesserit: quia iudex aestimare, sine relatione iurisiurandi, non potest rem, quae non extat.

Hier

menten der röm. Rechtsgelehrten bestärkt, und somit die Richtigkeit der Lesart vollkommen gerechtfertiget. Es ist nun also auch nicht nöthig, mit *Franc.* DUARENUS in Comment. in hunc Tit. Pand. §. 35. *Operum.* pag. 222. statt haec, hic zu lesen.

Hier ist von der mora die Rede. Daß diese durch jede, auch geringe Culpa, verursacht werden könne, ist ohne Beweis bekannt. Sollte diese aber auch hier gemeint seyn? Auf keine Weise. Daß auch hier ein widerrechtlicher dolus vorauszusetzen sey, lehrt der ganze Zusammenhang. Denn unmittelbar vorher wird ja ausdrücklich gesagt, daß nur wegen eines Dolus, aber nicht wegen einer bloßen Culpa, der Würderungseid zulässig sey.

Die weiter angeführte *L.* 1. §. 40. *D. depositi* ist schon von mir an einem andern Orte (S. 379.) erläutert, und gezeigt worden, daß darin vom Ergänzungseide die Rede sey. Gesetzt aber man wollte diese Stelle vom Würderungseide verstehen, so ist ja ohnehin bekannt, daß bey der actio depositi nur der dolus des Depositars in Betrachtung kommt. Dagegen verdient erwogen zu werden, daß selbst beym Interdicto quod vi aut clam, wo in der Regel nur auf das Factum der Besitzstörung gesehen, und blos dessen Daseyn, ohne Rücksicht auf dolus oder culpa, beachtet wird, das sonst dabey zulässige iuramentum in litem für den Fall der Schätzung einer blos culposen Beschädigung ausdrücklich versagt wird. Ulpian, welcher *L.* 15. §. 9. *D. Quod vi aut clam* sagt: Sed, quod interfuit, aut *per iusiurandum*, *quod in litem actor iuraverit*: aut, si iurare non possit, iudicis officio aestimandum est; hält es für nöthig, gleich nachher §. 11. zu bemerken: *Culpam quoque in hoc interdicto venire*; *quae tamen arbitrio iudicis aestimanda erit.* Aus diesen Gründen eiferte schon der große Cujaz [7]) gegen den *maximum errorem eorum*, wie er sich ausdrückt, *qui existimant*, *ob levem cul-*

cul-

7) Recitat. Solemn. in Tit. Cod. de in litem iurando.

culpam deferri iusiurandum in litem. In seine Fußstapfen traten Noodt [8]), Duaren [9]) und Anton Schulting [10]), und unter den neuern Rechtsgelehrten darf ich einen unserer ersten Civilisten, einen Adolph Dieterich Weber [11]), nicht mit Stillschweigen übergehen, den ich mit Recht jenen Triumviris an die Seite setzen kann. Man ist auch in den erschienenen neuern Versuchen über diese Lehre [12]) hiermit vollkommen einverstanden.

Hieraus erklärt sich nun auch, gegen wen der Würderungseid zuzulassen sey? Er kann nur eigentlich gegen den erkannt werden, welcher sich der dolosen Handlung schuldig machte, wodurch die Verletzung des Klägers entstand [13]). Gegen die Erben hat daher der Würderungseid in der Regel nicht Statt, es wäre denn, daß schon bey Lebzeiten des Erblassers lis contestirt, und folglich die Beschuldigung der dolosen Handlung gegen den Erblasser bereits

8) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 291.

9) Comm. ad h. Tit. Dig. n. 31. sqq. *Operum* pag. 221. sq.

10) Thes. controvers. Dec. XXXXI. Th. 6.

11) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. S. 347.

12) S. WIRSCHINGERS Versuch einer n. Th. über das iuram. in litem §. 59. u. 60. und DRUMMERS Theorie des Würderungseides. §. 12.

13) S. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 14. und MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Tom. I. Exercit. XVII. Th. 62. not. *α* et *β*. Viele machen auch sogar in der Person der Eltern keine Ausnahme, und lassen diesen Eid selbst gegen den Landesherrn zu, weil die Gesetze keinen Unterschied machen. S. CRAMER Diss. de iuramento in litem affectionis et veritatis. §. 42—44. und Müllers Versuch über den Schätzungseid. §. 6.

reits vor Gericht gebracht worden [14]; oder daß sich der Erbe erst selbst der dolosen Verletzung schuldig gemacht hätte. Denn hier haftet er für seine eigene Handlung.

L. 5. Cod. h. t. Licet adversus heredes ob non factum inventarium iusiurandum in actione tutelae praetermitti placuerit, iudicem tamen datum, velut ex dolo tutoris aliis indiciis instructum, adversus eos ferre sententiam convenit.

Nach diesem Gesetz sollen zwar die Erben für den dolus ihres Erblassers haften, allein der Kläger muß hier seinen Schaden durch andere Beweise, als durch seinen Eid, darthun [15].

L. 4. C. eod. Alio iure est tutor, alio heres eius. Tutor enim inventarium, caeteraque instrumenta si non proferat in litem, iusiurandum adversus se potest admittere: at enim heres eius ita demum, si reperta in hereditate dolo malo non exhibet Sed cum adversus ipsum tutorem litem contestatam esse dicatis: transferentibus vobis in heredes eius actionem, Praeses provinciae partes suas exhibebit, non ignorans, nisi exhibeantur instrumenta, quatenus iuxta formam constitutionum partes suas debeat moderari.

Hiermit stimmt auch der Gerichtsgebrauch überein [16]) Es ist noch zu bemerken, daß auch gegen den Bürgen wegen

14) *L. 20. D. de accusat.* S. DRUMMER in der angeführten Theorie §. 32. S. 81.

15) S. CUJACII Recitation. solemn. in Codicem ad Tit. de in litem iurando.

16) S. WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 88. BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. 23. §. 3. Not. 8.

gen des dolus desjenigen, für welchen er gut gesagt hat, das iuramentum in litem nicht Statt habe [17]). Hoc enim non debet imputari fideiussoribus, sagt Paulus *L.* 73. *D. de fideiuss.* quod ille propter suam poenam praestitit, pro quo fideiussit.

§. 816.

Voraussetzungen des iuramenti in litem affectionis.

Daß der Affectionswerth, wenn er auch nicht als das characteristische Merkmal des Würderungseides angenommen werden kann, doch von diesem Eide nicht auszuschliessen sey, ist schon oben gezeigt worden. Hierin stimmen auch die meisten neuern Rechtsgelehrten überein [18]), obgleich freylich einige [19]) sich sehr nachdrücklich gegen die Zuläs-

17) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4.

18) S. Joh. Heinr. Gottl. Herrmann Ueber den Werth der besondern Vorliebe zu gewissen Sachen, deren Ersatz rechtlich geklagt, und geschätzt werden soll. In dem Archiv merkwürdiger Actenstücke. 2. Bändchen. Leipzig 1798. S. 1. ff. Weber Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß S. 347. SCHNEIDER Lehre vom rechtl. Beweise. §. 410. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit zur Gründung des histor. und gerichtl. Beweises. 2. Th. 5. Abschn. §. 8. S. 113. und SCHORMANS Lehre vom Schadenersatze. 2. B. S. 154.

19) S. Leonh. Gottl. Stiehley Noch etwas über den Werth der besondern Vorliebe zu gewissen Sachen, deren Ersatz rechtlich geklagt und geschätzt werden soll. In dem Archiv merkwürdiger Actenstücke. 2. Bändchen. S. 218. ff. und J. Nic. Fr. Brauers Erläuterungen über den Code Napoleon und die großherzogl. Bad. bürgerl. Gesetzgebung. 3. Band (Karlsruhe 1810.) Bemerk. 70. S. 94. Unter den ältern

ſagt daher Franz Duaren [23]), dem auch Eduard Cabdera [24]) beyſtimmt: *Quod ſi* BARTOLO *et eius ſectatoribus aſſentiamur, fateri neceſſe eſt, actorem ad rem ſuam vendendam, ſi minus iuſto pretio, at certe duplo iuſti pretii compelli poſſe, Quod quidem iniquum eſſe, ſupra teſtati ſumus. Hinc apparet,* IUSTINIANI *conſtitutionem ad hunc caſum non pertinere.* Und Auguſtin Strauch [25]) giebt die Regel: *Quotieſcunque intereſſe provenit ex dolo adverſarii, aequum eſt, aeſtimationem eius duplum excedere poſſe, ne alioquin contra iuris regulam ex delicto meliorem cauſam ſuam feciſſe dicatur* [26]).

2) Welches ſind die Bedingungen der Würderung nach dem Werth der beſondern Vorliebe?

a) Der Beſchädigte muß Eigenthümer der Sache ſeyn.

b) Der

Werths niemals überſteigen. Iſt aber von dem Werthe der beſondern Vorliebe die Rede, ſo findet dergleichen Rückſicht auf das Verhältniß zwiſchen dem von den Sachverſtändigen beſtimmten, und dem von dem Beſchädigten angegebenen Werthe keine Statt. Vielmehr muß alsdann das richterliche Ermeſſen den von dem Beſchädigten eidlich zu erhärtenden Werth nur nach der beſondern Beſchaffenheit der Umſtände und Verhältniſſe, worauf der Beſchädigte dieſe Vorliebe gründet, feſtſetzen und ermäßigen.

23) Commentar. ad h. Tit. Dig. num. 28. *Oper.* pag. 221.

24) Variar. Lection. Lib. IV. Cap. I. nr. 19. (in Ger. MEERMANI *Theſ. iuris civ. et can.* Tom. III. pag. 648.)

25) Diſſ. ad L. un. Cod. de ſentent. quae pro eo, quod inter. profer. §. 39. (*Vitemb. 1659.*) Man vergleiche auch WEHRN Doctr. iuris explicatr. principior. damni praeſt. §. 65. p. 424.

26) *L. 134. §. 1. D. de div. regul. iuris.*

b) Der Gegenstand muß an sich eine Sache von Werth, und von der Art seyn, daß sie eine Schätzung nach Affection zuläßt, sie mag eine lebendige oder leblose Sache seyn. Auch fungible Sachen, wenn man sie auch gleich insgemein von dieser Classe der Sachen auszuschliessen pflegt [27]), können zuweilen ein Gegenstand des Affectionseides seyn, insofern man nämlich nicht gerade vertretbare Sachen darunter versteht, sondern solche Sachen, welche zwar sonst durch andere von derselben Art ersetzt werden können, allein die der Eigenthümer unter solchen Umständen besaß, daß er ihnen nach seiner Zuneigung einen mehr, als gewöhnlichen Werth, mit Grund beylegen konnte. Denn auch Perlen, Corallen, Edelgesteine können, sofern sie vertretbare Sachen sind, zu den fungiblen gerechnet werden [28]).

c) Die Affection des Klägers muß auf einem vernünftigen Grunde beruhen, welches der Richter aus der besondern Beschaffenheit der Umstände und Verhältnisse, worauf der Beschädigte diese Vorliebe gründet, beurtheilen muß. Dahin gehört z. B. außerordentliche Seltenheit einer Sache, vorzügliche Achtung der Person, von der die Sache herrührt, u. d. Eine blos wollüstige Zuneigung kann keinen solchen Affectionswerth begründen, weshalb der Richter auf den Eid erkennen dürfte. In dieser Hinsicht sagt Ulpian *L.* 4. §. 2. *D. h. t.* mit Recht: In arbitrio esse iudicis, deferre iusiurandum, nec ne, constat.

27) S. *Christ.* THOMASII Diss. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente. *Halae 1701.*

28) S. den 11. Th. dieses Commentars §. 778.

d) Die Verletzung des Klägers muß durch Ungehorsam des Beklagten in Herausgabe der Sache oder sonst durch eine dolose Handlung des Beklagten verursacht worden seyn [29]). Ulpian *L.* 1. und Marcellus *L.* 3. *D. h. t.* reden ausdrücklich nur von einer contumacia non restituentis, wenn sie dem Kläger das Recht gestatten, die ihm vorenthaltene Sache blos nach seiner Willkühr ultra rei pretium zu würdern. Daß aber auch der Dolus, wodurch sich der Beklagte außer Stand gesetzt hat, die Sache zu restituiren, den Kläger berechtige, sine ulla taxatione *in infinitum* zu schwören, lehrt ebenfalls Ulpian *L.* 68. *D. de rei vindicat* [30]). Endlich

e) muß auch dem Richter schon bewiesen seyn, was denn eigentlich dem Kläger restituirt werden müsse.

§. 817.

29) S. *Ed.* CALDERA Variar. Lection. Lib. IV. Cap. 1. nr. 20. bey MEERMAN Tom. III. pag. 648. und Ge. FRANTZKIUS Commentar. in Dig. h. t. nr. 16.

30) Diese Grundsätze bestätiget auch das Preußische Landrecht 1. Th. 6. Tit. §. 87. wo es heißt: „Für den Werth der besondern Vorliebe haftet der Beschädiger nur alsdann, wenn die Beschädigung vorsätzlich zugefügt worden ist." Wir haben hier zugleich einen wichtigen Beweis für den heutigen Gebrauch des iuramenti in litem affectionis, welchen einige mit MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. 1. Obs. 331. ohne Grund bezweifeln. Man sehe vielmehr Nettelbladts Versuch einer Anleitung zur pract. Rechtsgelahrheit §. 398. Claproths bürgerl. Proceß 2. Th. §. 444. und THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1166. a. E.

§. 817.

Ueber die Bestimmung der Gränzen des Würderungsrechts nach Affection. Was heißt *in infinitum* iurare? Was *in immensum*? Scheinbarer Widerspruch zwischen *L. 68. D. de Rei vindic.* und *L. 4. §. 2. D. h. t.*

Es liegt schon in der Natur der Sache, daß bey der Bestimmung des Affectionswerthes keine gewisse Taxe Statt haben könne. In dieser Hinsicht sagt Ulpian [31]) ganz recht, daß es hier dem Kläger erlaubt sey, *in infinitum* zu schwören, und zwar sogar *sine ulla taxatione* [32]); weil hier, wie auch Marcellus [33]) bemerkt, die Schätzung einzig der Willkühr des Klägers überlassen werden muß. Gleichwohl lehrt Ulpian [34]): Officio iudicis debet *taxatione iusiurandum refrenari*; der Richter könne daher *modum iuriiurando statuere*, ut *intra certam quantitatem* iuretur, ne, arrepta occasione, *in immensum* iuretur [35]). Sollten denn diese Stellen nicht in einem offenbaren Widerspruche stehen? Die Bestimmung des Werths soll dem arbitrio actoris, und doch auch dem arbitrio iudicis überlassen seyn; soll taxatione iudicis, und auch sine ulla taxatione geschehen; der Kläger soll nicht in immensum, aber er soll doch in infinitum schwören dürfen! Die Ausleger haben hierbey viel Schwierigkeiten gefunden. Die Glosse resolvirt den Widerspruch so, das Gesetz bestimme dem Kläger keine Taxe, sondern erlaube

31) *L. 4. §. 2. D. h. t.*

32) *L. 68. D. de Rei vindicat.*

33) *L. 8. D. h. t.*

34) *L. 18. pr. D. de dolo malo.*

35) *L. 4. §. 2. D. h. t.*

d) Die Verletzung des Klägers muß durch Ungehorsam des Beklagten in Herausgabe der Sache oder sonst durch eine dolose Handlung des Beklagten verursacht worden seyn [29]). Ulpian *L.* 1. und Marcellus *L.* 8. *D. h. t.* reden ausdrücklich nur von einer contumacia non restituentis, wenn sie dem Kläger das Recht gestatten, die ihm vorenthaltene Sache blos nach seiner Willkühr ultra rei pretium zu würdern. Daß aber auch der Dolus, wodurch sich der Beklagte außer Stand gesetzt hat die Sache zu restituiren, den Kläger berechtige, sine ulla taxatione *in infinitum* zu schwören, lehrt ebenfalls Ulpian *L.* 68. *D. de rei vindicat* [30]). Endlich

e) muß auch dem Richter schon bewiesen seyn, was denn eigentlich dem Kläger restituirt werden müsse.

§. 817.

29) S. *Ed.* CALDERA Variar. Lection. Lib. IV. Cap. 1. nr. 20. bey MEERMAN Tom. III. pag. 648. und Ge. FRANTZKIUS Commentar. in Dig. h. t. nr. 16.

30) Diese Grundsätze bestätiget auch das Preußische Landrecht 1. Th. 6. Tit. §. 87. wo es heißt: „Für den Werth der besondern Vorliebe haftet der Beschädiger nur alsdann, wenn die Beschädigung vorsätzlich zugefügt worden ist." Wir haben hier zugleich einen wichtigen Beweis für den heutigen Gebrauch des iuramenti in litem affectionis, welchen einige mit MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. 1. Obs. 331. ohne Grund bezweifeln. Man sehe vielmehr Nettelbladts Versuch einer Anleitung zur pract. Rechtsgelahrheit §. 398. Claproths bürgerl. Proceß 2. Th. §. 444. und THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1166. a. E.

§. 817.

Ueber die Bestimmung der Gränzen des Würderungsrechts nach Affection. Was heißt *in infinitum* iurare? Was *in immensum*? Scheinbarer Widerspruch zwischen *L. 68. D. de Rei vindic.* und *L. 4. §. 2. D. h. t.*

Es liegt schon in der Natur der Sache, daß bey der Bestimmung des Affectionswerthes keine gewisse Taxe Statt haben könne. In dieser Hinsicht sagt Ulpian [31]) ganz recht, daß es hier dem Kläger erlaubt sey, *in infinitum* zu schwören, und zwar sogar *sine ulla taxatione* [32]); weil hier, wie auch Marcellus [33]) bemerkt, die Schätzung einzig der Willkühr des Klägers überlassen werden muß. Gleichwohl lehrt Ulpian [34]): Officio iudicis debet *taxatione iusiurandum refrenari*; der Richter könne daher *modum iuriiurando statuere*, ut *intra certam quantitatem* iuretur, ne, arrepta occasione, *in immensum* iuretur [35]). Sollten denn diese Stellen nicht in einem offenbaren Widerspruche stehen? Die Bestimmung des Werths soll dem arbitrio actoris, und doch auch dem arbitrio iudicis überlassen seyn; soll taxatione iudicis, und auch sine ulla taxatione geschehen; der Kläger soll nicht in immensum, aber er soll doch in infinitum schwören dürfen! Die Ausleger haben hierbey viel Schwierigkeiten gefunden. Die Glosse resolvirt den Widerspruch so, das Gesetz bestimme dem Kläger keine Taxe, sondern erlaube

31) *L. 4. §. 2. D. h. t.*

32) *L. 68. D. de Rei vindicat.*

33) *L. 8. D. h. t.*

34) *L. 18. pr. D. de dolo malo.*

35) *L. 4. §. 2. D. h. t.*

laube ihm so hoch zu schwören, als er wolle; das heiß *sine ulla taxatione in infinitum iurare*, wovon *L.* 68. D. *de Rei vind.* spreche. Allein der Richter könne eine gar zu übertriebene Schätzung durch Festsetzung einer gewissen Summe, das iurare *in immensum*, beschränken. Anton Faber [36]) hält hingegen die ganze *L.* 68. für einen Tribonianismus; er meint, man müsse sie als eine imperatoria constitutio ansehen, in cuius interpretatione quaerendum sit, non quid ratio iuris suggerat, sed quid legislatoris voluntas constituat. Das Resultat seiner Erklärung geht nun dahin: Non puto dubitandum, quin ita ius constitutum videri debeat, *ut nullus taxationi locus relinquatur, quoties contra eum iuratur, qui rem petitori adiudicatam dolo desiit possidere.* Also die Entscheidung der *L.* 68. beschränke sich blos auf den Fall, wenn sich der Beklagte des Besitzes der Sache boshaft entäußert hat, zu dessen Herausgabe er war verurtheilt worden. Hier finde keine richterliche Ermäßigung Statt. Ulrich Huber [37]) trägt zwar Bedenken, die ganze Stelle für ein Emblem zu halten; allein die Worte *sine ulla taxatione* scheinen ihm wenigstens ein unächter Zusatz zu seyn, welchen er einer durch Unwissenheit in den Text aufgenommenen Randglosse zuschreibt. Allein mit Recht hat schon Wilhelm Masius [38]) bemerkt, daß durch die

L. 68.

36) Conjectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 17. pag. 580.

37) Eunom. Rom. Lib. VI. ad L. 68. D. de Rei vind. §. 9. pag. 315. et Lib. XII. ad L. 4. et 5. D. de in lit. iur. p. 496.

38) Tr. de rei debitae aestimatione (*Lovanii 1653.* 4.) P. II. Cap. XVI. n. 6. et 7. pag. 95.

dessen die Schätzung des Klägers in Ungerechtigkeit ausarten würde. Daher sagt Ulpian *L.* 4. §. 2. *D. h. t.* Arbitrio bonae fidei iudicis hoc congruit, taxationem iuriiurando adjicere, ne, arrepta occasione, *in immensum* iuretur; oder wie er sich an einem andern Orte [43]) ausdrückt: Officio iudicis debet taxatione iusiurandum refrenari [44]).

§. 818.

Das iuramentum in litem veritatis ist keine Art von Erfüllungseide. Unterschied vom iuramento quantitatis.

Soviel hiernächst das iuramentum in litem veritatis anbetrift, so will Hellfeld dasselbe für nichts anders, als eine Gattung des Erfüllungseides halten, welches alsdann Statt finde, wenn zwar die Forderung des Klägers an sich unbestritten, allein die Größe derselben nicht genau zu erweisen ist. Allein man darf nur die von ihm angeführten Gesetzstellen [45]) vergleichen, so wird man sich überzeugen, daß darin von dem iuramento in litem gar nicht die Rede sey. Offenbar wird hier das iuramentum quantitatis mit dem Würderungseide verwechselt. Denn jenes ist eine Art des Erfüllungseides, mittelst dessen der Gläubiger, wenn desselben Forderung von dem Schuldner entweder an sich nicht geläugnet wird, oder schon sonst hinlänglich bewiesen ist, und nur über die Größe derselben ein Streit obwaltet, zur eidlichen Erhärtung der letztern gelas-

43) *L. 18. pr. D. de dolo malo.*

44) S. diesen Commentar Th. 8. §. 586. S. 209. Not. 17.

45) *L. 1. §. 40. D. depositi. Cap. 32. X. de iureiur.*

dem Schwörenden nach seinem billigen Ermessen ein wisses Ziel setzen, und das zu beschwörende Quantum i deriren; und wenn er von dem Gegenstande der Sch ung keinen ausreichenden Aufschluß in den Acten find so müsse er deshalb eine Beaugenscheinigung der Sa anstellen, und bey der Ermäßigung Sachverständige Rathe ziehen.

Aller Widerspruch fällt weg, wenn man mit DRU MER [40]) die Grenzen der Concurrenz zweyer Functione der des Richters, und der des Klägers unterscheidet. De Kläger steht es zwar frey, die Sache nach seiner Neigun in infinitum [41]) das ist, so hoch zu schätzen, als e will; und solang diese Würderung einer humanen Affec tion entspricht, muß es der Richter dabey lassen, un den Beklagten zu dem verurtheilen, was der Kläger auch ohne richterliche Taxation bloß durch seinen Eid erhärte hat, wie *L.* 68. sagt [42]). Allein sollte der Kläger seine Forderung übertreiben, und die Gränzen einer humanen Affection dergestalt überschreiten, daß seine Schätzung nach allen Erfahrungssätzen schlechterdings nicht gerechtfertiget werden kann; so steht es dem Richter zu, ein Maximum d. i. jenen letzten Grad des Preises zu fixiren, jenseits dessen

40) Theorie des Würderungseides. §. 17.

41) Die Worte *in infinitum* deuten blos auf etwas Unbestimmtes hin, dessen Uebertreibung durch richterliche Moderation in die Schranken einer vernünftigen Schätzung zurückgeführt wird. *Fr.* DUARENUS in Commentar. ad h. Tit. nr. 27. hat dies aus vielen Stellen erwiesen. S. auch BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Infinitus.*

42) Vergl. *Ed.* CALDERA Variar. Lection. Lib. IV. cap. 1. nr. 19

2) Daß es an andern Beweisen fehle, um die Größe der Schuld mit Zuverläßigkeit darzuthun.

3) Daß der Mangel der nöthigen Beweise nicht dem eigenen Verschulden des Gläubigers beyzumessen sey.

4) Die angegebene Summe an sich nicht unwahrscheinlich sey, vielmehr alle Umstände und Muthmasungen dem Kläger in Ansehung der angegebenen Größe seiner Forderung beystimmen; und endlich

5) daß der Gläubiger von unbescholtenem Character sey, wider welchen kein Verdacht wegen eines eine zu begehenden Meineides streitet. Dieser Eid hat auch gegen die Erben des Schuldners Statt. Denn er ist nicht, wie der Würderungseid, als eine poena doli anzusehen, sondern gründet sich in der Billigkeit, damit nicht der Kläger wegen bloßen Mangels sonst gewöhnlicher Beweismittel seine an sich unbestrittene Forderung verliere.

§. 819.

Iuramentum *Zenonianum*. Teutscher Minderungseid.

Noch ist von einer besondern Eidesart zu handeln übrig, welche von ihrem Urheber, dem Kaiser Zeno, der Zenonische Eid genennt, und von demjenigen, der durch Gewaltthätigkeit des Andern einen Schaden an seinen Sachen erlitten hat, geleistet wird [47]). Ueber die Natur dieses Eides sind eben-

47) Von diesem Eide haben vorzüglich gehandelt *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XVIII. Err. 8. *Balthas.* STEUDNER in Diss. de sacramento Zenoniano. *Altorfii 1682. Casp. Henr.* HORN Diss. de eod. argum. *Vitemb. 1701.* und besonders *Tob. Iac.* BRINHARTH in seiner Observation. ad *Christinaei*

gelaſſen wird [46]). Es erhellet dies nicht nur aus den §ten der *L.* 1. §. 40. *D. depoſiti:* Salvo eo, ut ſi *de q titate ponderis* incertum eſt, iuranti ſuccurratur; dern es iſt noch deutlicher aus dem *cap.* 32. *X. de iureiu* erſehen, wo es heißt: Ex litteris veſtris accepim quod ſuper cauſa uſurarum vobis pro G. contra E. apoſtolica ſede commiſſa, non potuit per teſtes, ipſius G. parte productos, *de ſortis quantitate* liqu licet de obligatione pignoris conſtitiſſet: unde expedi videtis, quod exigatur de dicenda veritate a partib iuramentum, cum ex fama quaſi notorium, praefatu E. ex quadam terra ipſius G. ſibi titulo pignoris obl gata, ſortem et amplius percepiſſe. Ne igitur ex hu iusmodi iuramenti defectu iuſtitia, occulta veritate ſuccumbat; mandamus, quatenus (ſi eſt ita) partes a praeſtandum huiusmodi iuramentum per cenſur. eccle remota appellatione cogatis. Dieſer Eid ſetzt alſo voraus,

1) daß die Forderung des Klägers an ſich ihre Richtigkeit habe, und nur blos über die Größe oder die eigentliche Summe der Forderung geſtritten werde. Wäre also die Forderung ſelbſt noch zweifelhaft, ſo kann der Gläubiger nicht zu dieſem Eide gelaſſen werden, ſondern er muß ſeine Forderung ſowohl an ſich, als deren Größe gehörig beweiſen.

2) Daß

46) Von dieſem Eide handeln Struben in den rechtlichen Bedenken 1. Th. Bed. 35. von Quiſtorp in den rechtlichen Bemerkungen. 1. Th. Bem. 30. und Theod. Hagemann in den practiſchen Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit 5. Band 4. Erört.

Eid gar nicht als besondere Eidesart bestehe, sondern mit dem iuramento in litem eins sey, überdies aber durch die spätern Bestimmungen Justinians in seiner neuern Verordnung [53]) nunmehr den Anstrich einer bereits antiquarischen Modification gewonnen habe. Alles kommt auf das Grundgesetz des Zenonianischen Eidschwurs [54]) selbst an, welches wörtlich also lautet:

Si quando vis in iudicio fuerit patefacta, deinde super rebus abreptis, vel invasis, vel damno dato tempore impetus quaestio proponatur, si non potuerit, qui vim sustinuit, quae perdidit, singula comprobare, taxatione a iudice facta, pro personarum atque negotii qualitate, sacramento aestimationem rerum, quas perdidit, manifestet, nec liceat ei ultra taxationem a iudice factam iurare, et quod huiusmodi iureiurando dato fuerit declaratum, iudicem condemnare oportet.

Fast unverändert ist diese Constitution auch in das Canonische Recht [55]) aufgenommen worden, welches sich auf folgende Art ausdrückt:

Super

53) *L. un. Cod. de sentent. quae pro eo quod int. profer.*

54) *L. 9. Cod. Unde vi.* Einige Rechtsgelehrten, z. B. LEYSER c. l. und MÜLLER a. a. O. §. 14. glauben, dieser Eid habe seine Existenz schon lange vor dem Kr. Zeno gehabt, und durch denselben nur deutlichere Bestimmungen erhalten. Sie berufen sich deshalb auf *L. 18. pr. D. de dolo malo* und *L. 15. §. 9. D. Quod vi aut clam.* Allein man findet diese Meinung ausführlich widerlegt in REINHARTHS Observat. select. ad *Christinaeum* Vol. I. Obs. 59. Der Irrthum liegt darin, daß sie den Zenonianischen Eid für ein bloßes iuramentum in litem gehalten haben, welches er doch nicht ist.

55) *Cap. fin. X. de his, quae vi metusve causa.*

Super eo, quod adversarius vester se conquerebatur a vobis per violentiam spoliatum, arbitramini contra vos iniuste processum, cum non nisi proprio iuramento probaverit singula, quae amisit. Verum postquam de violentia per testes, et de amissis rebus per ipsius constiterit sacramentum: potuit iudex taxatione ab ipso facta, pro personarum ac negotii qualitate, vos in aestimatione rerum amissarum, iuramento adversarii declarata, rationabiliter condemnare.

Prüfen wir nach diesen gesetzlichen Verordnungen den Zenonianischen Eid näher, so wird es nicht schwer seyn, Eigenheiten zu entdecken, welche diesen Eid als eine besondere, von dem iuramento in litem ganz verschiedene Eidesart, darstellen. Er setzt nämlich

1) auf Seiten des Klägers einen durch die gewaltsame Handlung des Beklagten erlittenen Verlust voraus. Diese Gewaltthätigkeit muß zuvor von dem Kläger gehörig erwiesen werden, wenn dieselbe nicht etwa durch das eigene Geständniß des Beklagten außer Zweifel gesetzt ist. Der Eid selbst kann darauf nicht gerichtet werden. Das Gesetz sagt ausdrücklich: *Si quando* VIS *in iudicio fuerit patefacta.* Den Würderungseid hingegen kann ein jeder erwiesener dolus, ja schon eine culpa lata des Beklagten begründen.

2) Der Kläger muß die einzelnen Gegenstände seines Verlustes nicht zu erweisen im Stande seyn. Das Gesetz sagt: Si *non potuerit, qui vim sustinuit, singula, quae perdidit, comprobare.* Kann also der Verlust auf andere Art erwiesen werden, so wird der Kläger zu diesem Eide nicht ge-

gelaſſen [56]). Der Zenonianiſche Eid characteriſirt ſich demnach als ein blos ſubſidiariſches Beweismittel. Dahingegen hat der Würderungseid Statt, wenn auch der Werth des ſtreitigen Gegenſtandes auf andere Art erwieſen werden könnte.

3) Der Zenonianiſche Eid dient nicht blos zur Ausmittelung des Werths der verlohrnen Sachen, ſondern entſcheidet auch über den Verluſt ſelbſt. Dieſe Eigenſchaft, welche in den Worten des *cap. fin. X. de his, quae vi metusve cauſa*: Poſtquam de violentia per teſtes, ſet *de amiſſis rebus per ipſius conſtiterit ſacramentum*, potuit iudex, taxatione ab ipſo facta, vos *in aeſtimatione rerum amiſſarum, iuramento adverſarii declarata*; condemnare, ſo deutlich ausgedrückt wird, zeichnet den Zenonianiſchen Eid, als eigene Eidesart, weſentlich aus, und unterſcheidet ihn unverkennbar von dem iuramento in litem, welches blos den Werth der geforderten Sache betrift, alles andere aber, als bewieſen, vorausſetzt [57]). Dieſes wahre Verhältnis der Sache klärt Anton Faber [58]) ſehr richtig auf, wenn er ſagt: Non tractat *L. 9. C. unde vi* de iureiurando, quod interponatur ad aeſtimandam rem debitam, ſed *ad probandam quantitatem rerum per vim ſubtractarum*: quod aliud iurisiurandi genus eſt, veteribus Iureconſultis incognitum, *et ea primum Conſtitutione introductum*. Antea enim probandum erat per teſtes, quid quantumque ſub-

56) S. Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 93.

57) S. von Savigny Recht des Beſitzes §. 40. S. 448.

58) Conjectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 13. pag. 571.

ſubtractum fuiſſet, quamvis eo probato, quanti i furtiva tempore furti valuiſſet, ex ipſius actoris iu iurando aeſtimaretur. *L. 9. D. de in lit. iur.* Ho verò *ipſa etiam rerum ſubtractarum et amiſſarum quanti per iusiurandum probari poteſt*: hoc tamen ex iure vet ſtetento, ut probatione quantitatis ſic facta, p *aeſtimatio probari per iusiurandum*, quemadmodum et ſpecies debita poſt moram peremta proponeretur. N tamen duplex iusiurandum hoc caſu interponendu eſt, unum ad probandam quantitatem et qualitate rerum ſubtractarum, alterum ad probandam earu aeſtimationem: ſed placet unum ſufficere, adeo temperandum et refrenandum per iudicem ab initi taxata quantitate, ad quam usque iurare concedatur quia facile alioquin res abiret in infinitum, ſi *actori* pro arbitrio et ex adfectione permitteretur iurare non ſolum de rerum debitarum aeſtimatione, ſed etiam de ipſarum quantitate. Eben dieſen Unterſchied zwiſchen dem Jenonianiſchen und dem alten Würderungseide ſtellet auch beſonders Hugo Donellus [59]) aus, wenn er ſagt: Nam ſi is, qui deiectus eſt, quaedam in ea vi ſibi erepta, aut amiſſa, aut corrupta eſſe dicat, et damnum ad certam ſummam aeſtimet; placet *huic iuranti* credi non ſolum de aeſtimatione earum rerum, quas prius fuiſſe, ac per vim amiſſas eſſe conſtabit, *ſed etiam de ipſis rebus, numero et conditione earum, quamvis aut non doceat, ſe prius habuiſſe, aut cum haberet, per eam cauſam amiſiſſe.* — Iusiurandum autem in *litem de aeſtimatione ſcilicet rei petitae*, quam rem prius praeſtari

59) Commentar. iur. civ. Lib. XXVI. cap. 6.

stari debere constat, solum veteribus cognitum, prius introductum est constitutione *Zenonis* adversus eum, qui vi aliquem de possessione deiecit. Und Reinharth [60]) zieht hieraus die ganz richtige Folge: Quod pinguius sit hoc nostrum illo in litem iureiurando, quippe in hoc posteriori pretium, sive aestimatio tantum rei per vim ablatae sive extortae, vel alia ratione extinctae, non item *ipsa eiusdem damni existentia* respicitur, atque, ut de re ipsa aliunde iam constet, praesupponitur. Diese wichtige und wesentliche Differenz ist in den neuern Versuchen, besonders von Drummer, ganz übersehen worden.

4) Der Richter muß hier immer den Betrag des Schadens nach der Beschaffenheit der Personen und des Vorfalls taxiren, und ein Maximum bestimmen, welches der Kläger nicht überschreiten darf [61]). Der Eid der Würderung aber kann auch zuweilen nach *L.* 68. *D. de rei vind.* ohne vorgängige richterliche Taxation geschworen werden. Ueberhaupt war hier die Schätzung mehr dem Gut-

60) Observat. select. ad *Christinaei* Decis. Vol. I. Obs. 59. nr. 13.

61) Die Formel der Sentenz, wenn auf den Zenonianischen Eid erkannt wird, lautet insgemein also: Daß die angegebenen Schäden auf 150. Rthlr. zu moderiren, immassen wir sie auf so hoch ermäßigen. Würde nun Kläger vermittelst Eides erhärten, daß die angegebenen Schäden ihm wirklich zugefügt worden, und unter obige moderirte Summe sich nicht belaufen; so ist Beklagter solche Summe dem Kläger zu erstatten schuldig. S. BERGERI Electa Disceptat. forens. Tit. 31. Obs. 3. und REINHARTH Observat. select. ad *Christinaeum* Vol. I. Obs. 59. nr. 27. p. 153.

dünken des Klägers überlassen, und diese Ungebunden des Klägers in der Würderung charakterisirte vorzüglich Wesen des Würderungseides. Es leidet übrigens

5) keinen Zweifel, daß der Kläger bey dem Zenonianischen Eide das volle Interesse, und mithin auch lucrum cessans, in Anschlag bringen könne, insofern es eine unmittelbare Folge des positiven Schadens Es hat auch der Zenonianische Eid das mit dem Würderungseide gemein, daß die Eidesdelation vom Richter schieht, also dieser Eid ebenfalls zu den nothwendigen den gehört, und eben so ist in beyden Eiden das schwörende Subject der Kläger.

Von ganz entgegengesetzter Art ist hingegen der, in Sächsischen Rechten gegründete, sogenannte Minderungseid (*iuramentum minorationis*) [62]). Zu diesem wird der Beklagte zugelassen, welcher den Schaden gestiftet hat. Der Kläger schätzt hier den gewaltsam erlittenen Schaden ohne Eid, und verlangt von dem Beklagten, daß derselbe die angegebene Summe bezahle, oder solche durch seinen Eid verringere. Der Richter muß aber auch auf diesen Eid erkennen [63]). Schilter [64]) leitet den Ursprung desselben aus den alten deutschen Sitten her. Es wird aber jedem von selbst einleuchten, daß dieser Eid seiner Natur nach nie allgemein werden, oder bleiben konnte.

62) S. *Christ. Just.* WIEDEBURG Diss. de iuramento minorationis. *Ienae 1757.*

63) S. Oelzens Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 282. S. 436. f.

64) Prax. iuris Rom. Exercit. XXIII. §. 62. sqq.

konnte. Denn es ist fast nur eine Stimme, daß der Minderungseid auf keine Weise sich rechtfertigen lasse, ohne mit der Vernunft und Gerechtigkeit in Widerspruch zu gerathen [65]). Er ist daher auch in den neuern Sächsischen Prozeßordnungen ausdrücklich aufgehoben [66]), und statt desselben der weit vernünftigere Zenonianische Eid eingeführt worden [67]).

* * *

Für eine Art des iuramenti in litem hält man gewöhnlich auch das *iuramentum expensarum*, wodurch der gewinnende Theil bey einem Rechtsstreite das Quantum seiner aufgewandten außergerichtlichen Kosten in dem Falle bekräftiget, da er dieselben durch Quittungen, oder auf andere Art nicht beweisen kann [68]). Justinian gedenkt dieses Eides *L.* 13. §. 6. *Cod. de iudic.*, wo er sagt:

Sive autem alterutra parte absente sive utraque praesente lis fuerit decisa: omnes iudices, qui sub imperio nostro constituti sunt, sciant, victum in expensarum causa victori esse condemnandum, *quantum pro solitis expensis litium iuraverit.*

Allein

65) S. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit 5. Abschn. §. 8. S. 114. f.

66) S. Müllers Versuch über den Schätzungseid §. 17. S. 72. und Oelze a. a. O. Not. e. S. 439.

67) Man läßt diesen Eid auch bey ungerechten Pfändungen zu, welche die Natur eines Spoliums haben. S. GAIL de Pignorat. Obs. 18. und LEYSER Medit. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLVI. medit. 8.

68) S. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. num. 384. und Müller über den Schätzungseid §. 20.

Allein dieſer Eid qualificirt ſich vielmehr zu ramento ſuppletorio quantitatis[69]), und iſt übr nicht ſehr gebräuchlich, indem der Richter gewöhn ihm übergebene Liquidation der Koſten nach der Bi ermäßiget[70]).

69) Martins Lehrbuch des bürg. Proceſſes §. 221. Not.

70) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. C medit. 6.

Verbeſſerungen und Zuſätze.

S. 56. Ueber die *L. 16. Cod. Si certum petatur.* hole *hier* die Erklärung Püttmanns in Var. iuris civ. Capitib. (L *ſiae 1766.*) Cap. 5. nach. Dieſer läugnet, daß es den *Pra* dibus provinciae nach dieſem Geſetz verboten geweſen ſey, Ge zu borgen. Sie hätten zwar kein Darlehn geben, wohl ab aufnehmen können. Dies beweiſe ſowohl die *L. 34. D. de re credit.* als das Zeugniß des Harmenopulus in *Promtu. iur. civ.* Lib. III. Tit. 5. §. 2. wo er ſagt: Οἱ ἄρχοντες, ἐ ταῖς ἐπαρχίαις, αἷς ἄρχουσι, κωλύονται δανείζειν, καὶ τοκί ζειν, καὶ πραγματεύεσθαι: αὐτοὶ δὲ μᾶλλον ὑπό τινων τῶν ἑτέρων δανίζονται: οἱ δὲ εἰς τὰς ὑπ' αὐτὸς τάξεις καὶ δα νείζουσι καὶ τοκίζουσιν. i. e. *Praeſides in iis, quas regunt, pro vinciis, mutuam dare pecuniam, foenus exercere, et negotiari prohibentur, ſed ipſi potius ab aliis foenebrem ſumunt pecuniam. Qui vero his ſubſunt magiſtratus, et mutuam et foenebrem dare nihil prohibentur.* Der Grund, warum die Präſides der Pro vinzen keine Gelder ausleihen durften, ſey der geweſen, damit ſie nicht unter dem Vorwande geliehenen Geldes improba lucra von den Provinzialen erpreſſen möchten. Dieſer Grund fiel weg, wenn ſie ſelbſt Gelder aufnahmen, weil ſie dadurch nicht an dere, ſondern ſich ſelbſt verbindlich machten. Dies ſey durch die

die *L. 16. C. Si certum petatur* nicht abgeändert worden. Denn die Worte: *Si in provincia fuerit versatus*, giengen nicht auf den iudex, sondern auf den Darleiher, und wären so zu erklären: *Si, qui iudici foenebrem pecuniam mutuaverit, in provincia fuerit versatus quaß emtor legum atque provinciae*, i. e. ut, obligato sibi Praeside, per eum leges, iura, atque provinciam nundinetur.

S. 107. Not. 56. sind noch hinzuzufügen der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 5. Band. Medit. 273.

S. 248. Z. 14. ist statt erhält, enthält zu lesen.

S. 354. Not. 39. Z. 5. muß statt quae *quei* und

— — — — Z. 6. statt de iuraverit *deiuraverit* gelesen werden.

S. 360. Not. 64. ist hinzuzufügen §. 50.

— — Not. 65. ließ statt doctor, *Doctrina.*

— — Not. 67. statt L. 18. 118.

S. 362. Not. 75. statt LINGENBROG l. LINDENBROG.

S. 363. Not. 78. ist noch hinzuzufügen *Ge. Henr.* AYRERI Progr. de fiscalibus calumniis iudicisque circa illas eiurandas arbitrio. *Goett. 1747.*

S. 368. Z. 2. ist statt nach noch zu lesen.

S. 375. Z. 17. vergleiche man noch über die Bedeutung des Worts *inopia Iac.* PERIZONII Animadversion. histor. (*Altenburgi 1771. 8.*) Cap. V. pag. 199.

S. 419. Not. 37. ist nach *van dewater* noch hinzuzufügen *Ed.* CALDERA Variar. Lection. Lib. IV. cap. 1. nr. 25. in *Ger.* MEERMANI *Thesauro nov. iuris civ. et canon.* Tom. III. p. 651.

Verzeichniß einiger Verlags-Artikel von J. J. Palm in Erlangen

die um beygesetzte Preise durch jede gute Buchhandlung zu erhalten sind.

Abicht, Joh. Hch., die Lehre von Belohnung u. Strafe in ihrer Anwendung auf die bürgerl. Vergeltungsgerechtigkeit überh. und auf die Kriminalgesetze insbes., wie auch auf Moral, Theologie und Erziehungswissenschaft, 2 Bde gr. 8. 796. 97. 3 Rth 8 gr 5 fl

Auszug aus der preuss. Gerichtsordnung, dem Landrechte, dann dem Servis- und Cantonreglement, oder Handbuch für des preußische Militair, Beamte und Unterthanen, 8. 798. 12 gr 45 kr

Bensen, Henr., de fundamento poenarum capitalium tam historice quam philosophice spectato, gr. 8. 794. 5 gr 20 kr

— — Versuch einer systemat. Entwicklung der Lehre von den Staatsgeschäften, und zwar in Hinsicht ihrer formalen Bestimmung; für angehende Staatsbeamte, 2 Theile, gr. 8. 800. 802. 2 Rth 20 gr 4 fl 15 kr

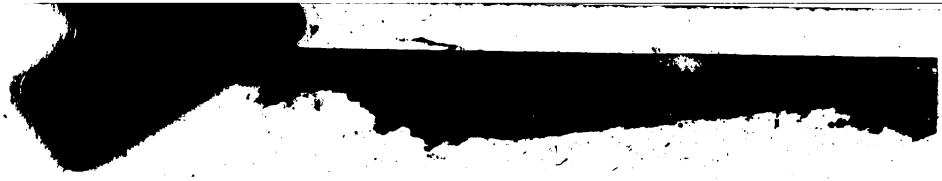
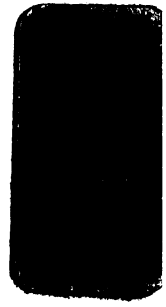
— — Anleitung zur gesammten Geschäftsführung für Juristen und Kameralisten, gr. 8. 802. 1 Rth 20 gr 2 fl 45 kr

— — Materialien zur Polizey-Kameral- und Finanz-Praxis für angehende praktische Staatsbeamten. 3 Bde. Auch unter dem Titel: Vorbereitung zur juristischen Praxis, besonders in Rücksicht auf die Schreibart in rechtlichen Geschäften von Aug. Ludw. Schott, neue ganz umgearbeitete Ausgabe in 3 Bänden von Heinr. Bensen, gr. 8. 800 — 803. jeder in 3 Heften, komplet 5 Rth 6 gr 8 fl 15 kr

— — über das Studium der sogenannten Kameralwissenschaften zur Beherzigung für Juristen und Kameralisten. Zugleich als Anhang zu dessen Materialien ꝛc. gr. 8. 808. 16 gr 1 fl

Beyträge zur Geschichte der teutschen Justizpflege im 18n Jahrhundert, 4 Stücke, 4. 788—89. (à 10 gr od. 40 kr) 1 Rth 16 gr 2 fl 40 kr

Burkard, Mich. Vinc., Urgesetze des Staats und seiner nothwendigen Majestätsrechte, 1r Theil 3 Hefte, gr. 8. 806—808. 2 Rth 16 gr 4 fl

(1r Heft: Metaphysik der Organisation des Staates im Allgemeinen; 806. 12 gr 45 kr. 2r Heft: Metaphysik der Criminalgesetzgebung im Staate; 807. 12 gr 45 kr. 3r Heft: System der Polizeigesetzgebung; 808. 1 Rth 16 gr 2 fl 30 kr)

Schott, J. über die Natur der weiblichen Erbfolge in Allodial-, Stamm- und altväterliche Güter nach Erlöschen des Mannsstammes, sowohl beim hohen als niedern Adel in Deutschland. gr. 8. 810. 22 ggr. 1 fl 24 kr.